This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

**Usage guidelines**

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

**About Google Book Search**

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

**Über dieses Buch**

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

**Nutzungsrichtlinien**

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

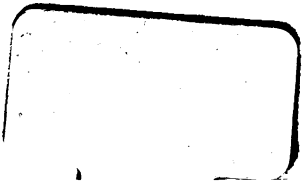
+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

**Über Google Buchsuche**

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.



# Entscheidungen

des

# Reichsgerichts.

Herausgegeben

von

**den Mitgliedern des Gerichtshofes.**

---

## Entscheidungen in Civilsachen.

**Dritter Band.**

---

Leipzig,
Verlag von Veit & Comp.
1881.

# Entscheidungen

des

# Reichsgerichts

in

# Civilsachen.

---

Dritter Band.

---

Leipzig,
Verlag von Veit & Comp.
1881.

Druck von Metzger & Wittig in Leipzig.

# Inhalt.

## I. Reichsrecht.


| Nr. | | Seite |
|---|---|---|
| 1. | Haftpflichtgesetz §. 2. Eigenes Verschulden des Verletzten | 1 |
| 2. | Haftpflichtgesetz §§ 3. 7. Erhöhung der Rente wegen Kränklichkeit | 2 |
| 3. | Haftpflichtgesetz §. 2. Beaufsichtigung des Betriebes. Haftung des Fabrikherrn für Verschulden gewöhnlicher Arbeiter | 4 |
| 4. | Dauer der Verpflichtung des Ausstellers eines eigenen Sichtwechsels | 6 |
| 5. | Vereinbarung, daß der stille Gesellschafter nicht am Verlust teilnehme | 8 |
| 6. | Erstattung von Armenunterstützung (S. Nr. 77) | 10 |
| 7. | Genossenschaftsgesetz §§. 52 flg. | 10 |
| 8. | Beschlagnahme des Arbeitslohnes durch die geschiedene Ehefrau | 15 |
| 9. | Anfechtung einer Dispache | 17 |
| 10. | Übergang des Privilegs eines Kontokorrentpostens auf den Saldo? | 17 |
| 11. | Haftpflichtgesetz §. 1. Ursachlicher Zusammenhang zwischen dem Unfall und dem Eisenbahnbetrieb | 19 |
| 12. | Haftpflichtgesetz §. 1. Zusammenhang zwischen Unfall und Eisenbahnbetrieb | 20 |
| 13. | Hat der Unfallversicherer die Sicherheitsbestellung zu leisten | 21 |
| 14. | Anwendbarkeit des §§. 77 des Reichsgesetzes vom 6. Februar 1875 bei Ehestreitigkeiten von Ausländern | 27 |
| 15. | Konkursordnung §. 54. Übergang der Vorrechte auf Andere | 34 |
| 16. | Fortdauer der Organe der Aktiengesellschaft während der Liquidation | 54 |
| 17. | Klage des Gesellschaftsgläubigers gegen einen Handelsgesellschafter | 57 |
| 18. | Belastung des Gesellschafters in den Büchern der Gesellschaft | 59 |
| 19. | Ermächtigung des Nehmers eines Blankoacceptes zur Domizilierung? | 60 |

| Nr. | | Seite |
|---|---|---|
| 20. | Zusage des Verkäufers, auf Verlangen ein Mehrquantum zu liefern | 64 |
| 21. | Entschädigungsanspruch aus Art. 1382 Code civil neben dem Anspruche aus dem Markenschutzgesetze? | 67 |
| 22. | Markenschutz. Öffentliche Wappen. Besitzstand. Freizeichen | 69 |
| 23. | Markenschutzgesetz §§. 3. 9 „allgemeine Geltung im Verkehre" | 74 |
| 24. | Markenschutzgesetz. Freizeichen. Warenzeichen eines bestimmten Gewerbetreibenden | 77 |
| 25. | Patentrecht. Begriff der Neuheit einer Erfindung | 85 |
| 26. | Rückforderung des gegen das Konnossement gezahlten Kaufpreises bei nicht vertragsmäßiger Beschaffenheit der Ware | 87 |
| 27. | Wechselprotest ohne Angabe, daß der Protestat abwesend gewesen | 90 |
| 28. | Recht des auf Kündigung angestellten Reichsbeamten auf Ruhegehalt | 91 |
| 29. | Genossenschaftsgesetz §§. 28. 29 | 94 |
| 30. | Mängelanzeige bei auf einander folgenden Sendungen. Art. 347 H.G.B. | 100 |
| 31. | Schadensersatz wegen falscher Datierung des Konnossements | 101 |
| 32. | Eintritt der Perfektion eines Lebensversicherungsvertrages | 104 |
| 33. | Lieferungsvertrag oder Einkaufskommission? | 109 |
| 34. | Erfüllungsort. Art. 324 H.G.B. Natur des Geschäftes | 111 |
| 35. | Kaufmännisches Retentionsrecht. — Rechtswidrige Verschaffung eines Kompensationsobjektes | 113 |
| 36. | Erfüllungsort eines Handelsgeschäftes. Landesgesetze maßgebend? | 117 |
| 37. | Art. 27 H.G.B. Firmenschutz | 120 |
| 38. | Abschluß in eigenem oder in fremdem Namen. Beweislast | 122 |
| 39. | Aktiengesellschaft. Überlassung des Betriebs des Unternehmens. Einsetzung eines von den Beschlüssen der Gesellschaft unabhängigen Vorstandes. Verpfändung des Gesellschaftsvermögens für fremde Schuld | 123 |
| 40. | Schiffskollision. Hilfslohn | 138 |
| 41. | Seeversicherung. Verzögerung der Reise | 142 |
| 42. | Ortsgebrauch. Art. 596 Abs. 1, Art. 600 H.G.B. | 149 |
| 43. | Anfang der Überliegezeit. Art. 570 Abs. 2; Art. 597 Abs. 2 H.G.B. | 151 |
| 44. | Kaufmännisches Retentionsrecht. Pfandrecht des Kommissionärs. Rechtliche Natur der Talons | 152 |
| 45. | Unbefugte Aufführung dramatischer Werke | 156 |
| 46. | Pflicht zur Volleinzahlung von Aktien durch den Käufer | 162 |
| 47. | Voraussetzung des Klagerechts aus Art. 27 H.G.B. Bezeichnung eines Geschäftes in der Firma als einzig in seiner Art | 164 |


## II. Gemeines Recht.


| | | |
|---|---|---|
| 48. | Paulianische Klage gegenüber einer Pfandbestellung | 169 |
| 49. | Klage wegen Aufhebung eines Gemeindeweges | 171 |

| Nr. | | Seite |
|---|---|---|
| 50. | Priorität der Dotalhypothek vor der Kaufgelderhypothek? | 174 |
| 51. | Nachfolgende Unmöglichkeit der Leistung bei Dienstmiete | 179 |
| 52. | Anspruch des Teilzahlung leistenden Bürgen auf Cession der Pfandklage? | 183 |
| 53. | Vertragsmäßiger Ausschluß des Widerrufs eines Mandats. Verpflichtung zur Herausgabe der Vollmacht nach Aufhebung des Mandats | 186 |
| 54. | Vindikation abgepfändeter Sachen. Einwand bestehenden Pfandrechtes | 189 |
| 55. | Erbschaftsanfall an einen Wahnsinnigen. | 193 |
| 56. | Haftung des Vindikationsbeklagten für entgangenen Gewinn? | 201 |
| 57. | Rückforderung der Illaten während bestehender Ehe | 203 |
| 58. | Fortbestehen des Pfandrechtes beim Rückgängigmachen der Zahlung durch die Paulianische Klage | 208 |
| 59. | Ersitzung unständiger Servituten. Gerichtsgebrauch | 210 |


## III. Preußisches Recht.


| | | |
|---|---|---|
| 60. | Wandelungsklage im Falle des Verkaufs eines Tieres zum Schlachten | 216 |
| 61. | Kaufstempel. Wann ist ein Kauf „im kaufmännischen Verkehr abgeschlossen"? | 217 |
| 62. | Regreßanspruch des Wechselbürgen | 219 |
| 63. | Schlesische Landschaften. Rechtsweg | 221 |
| 64. | Bedeutung des Ausdruckes „Grundsteuer" | 226 |
| 65. | Eigentum am Bette eines öffentlichen Flusses | 232 |
| 66. | Wegebaupolizei auf Staatschausseen | 236 |
| 67. | Expropriation. Gemeiner, außerordentlicher Wert. Maßgebende Zeit | 239 |
| 68. | Suspension der ehelichen Gütergemeinschaft, wenn die Ehefrau zur Zeit der Verheiratung unter Vormundschaft stand | 242 |
| 69. | Eigentum an Landseen | 245 |
| 70. | Eigentumserwerb der in getrennten Gütern lebenden Ehefrau | 251 |
| 71. | Anerkenntnis im Sinne A.L.R. I. 5. §. 37 | 254 |
| 72. | Vertrag zu Gunsten eines Dritten | 257 |
| 73. | Eigentumserwerbsgesetz §. 42. Korrealhypothek | 259 |
| 74. | Eigentumserwerbsgesetz §. 15. Recht zur Sache | 261 |
| 75. | Anerkennungsvertrag. Anwendbarkeit der Vorschriften über die Form der Verträge | 264 |
| 76. | Eigentümerhypothek an nicht existent gewordenen eingetragenen Forderungen | 266 |
| 77. | Rechtsweg gegen einen Armenverband | 270 |
| 78. | Vorzugsrecht der gewerkschaftlichen Zubuße | 274 |
| 79. | Voraussetzungen der Rechtskraft. Statutenkollision | 290 |

| Nr. | | Seite |
|---|---|---|
| 80. | Vorzugsrecht der Kinder im Konkurse | 294 |
| 81. | Begriff der „Rückstände aus den zwei letzten Jahren" in §. 51 des Ges. v. 29. Mai 1873 | 297 |
| 82. | Enteignung. Gerichtsstand. Verjährung | 303 |
| 83. | Schenkungen des Vormundes aus dem Vermögen des Mündels | 307 |
| 84. | Recht des Erstehers eines subhastierten Grundstückes auf die früheren Pertinenzen? | 309 |
| 85. | Recht der eingetragenen Arrestgläubiger im Subhastationsverfahren zur Liquidation eigener Forderungen und zum Bestreiten fremder Liquidation | 315 |
| 86. | Recht des Ehemannes auf Entschädigung wegen Tötung der Ehefrau | 318 |
| 87. | Darlehn durch Inhaberpapier gegeben, Versprechen der Rückzahlung des Nennwertes | 324 |
| 88. | Geht bei Abtretung der Grundschuld das Gläubigerrecht mit der Cessionserklärung über? | 326 |
| 89. | Geschäfts-Unfähigkeit Minderjähriger | 331 |
| 90. | Mündlicher Gesellschaftsvertrag. Communio incidens | 333 |


## IV. Rheinisches Recht.


| | | |
|---|---|---|
| 91. | Zwangsvollstreckung gegen Gemeinden | 337 |
| 92. | Klage gegen einen Handelsgesellschafter aus einem gegen die Handelsgesellschaft ergangenen provisorisch vollstreckbaren Erkenntnis | 338 |
| 93. | Ist das gemeinrechtliche Privileg des Fiskus für Steuern aufgehoben? | 340 |
| 94. | Anfechtung einer Erbteilung bei Verkürzung eines Miterben als Gläubiger | 341 |
| 95. | Anerkennung eines unehelichen Kindes. Anfechtung einer Erbteilung | 343 |
| 96. | Bürgschaft. Code civil Art. 2037 | 346 |
| 97. | Bürgschaft zu Gunsten eines Kreditvereins | 350 |
| 98. | Schadensersatz wegen Wertsminderung des Streitgegenstandes während des Prozesses | 353 |
| 99. | Wird eine betagte Forderung durch den Konkurs des Hauptschuldners gegenüber dem Bürgen fällig? | 356 |
| 100. | „Untergeschobene Person", Code civil Art. 911. Erbverzicht | 359 |


## V. Prozeßrecht.


| | | |
|---|---|---|
| 101. | Zu C.P.O. §§. 267. 492 | 365 |
| 102. | Bezieht sich C.P.O. §. 242 auch auf eine in zweiter Instanz ergangene Entscheidung? | 371 |

| Nr. | | Seite |
|---|---|---|
| 103. | Schriftliche Beschwerde im Fall C.P.O. §. 532 Abs. 2. Zuständigkeit des Reichsgerichts zur Entscheidung von Beschwerden bei Zwangsvollstreckung in Immobilien | 372 |
| 104. | Lauf der Notfrist der sofortigen Beschwerde, wenn ein nicht verkündeter Beschluß durch die Partei zugestellt ist? | 375 |
| 105. | Urkundenprozeß. Kann der Mangel der Produktion in zweiter Instanz ergänzt werden? | 377 |
| 106. | Gerichtsstand der Erbschaft | 380 |
| 107. | Gerichtsstand des Vermögens und des Erfüllungsortes | 381 |
| 108. | Anwendbarkeit des §. 23 C.P.O. bei Klagen einer Versicherungsgesellschaft auf Gegenseitigkeit gegen einen Versicherten | 385 |
| 109. | C.P.O. §. 513 Z. 7. Mangel an Entscheidungsgründen | 388 |
| 110. | Wert des Streitgegenstandes bei negatorischer Klage | 390 |
| 111. | Konkurs, Anfechtung eines Arrestes. Eideszuschiebung | 395 |
| 112. | Unterschrift eines Beschlusses | 400 |
| 113. | Aussetzung des Verfahrens. C.P.O. §. 139 | 401 |
| 114. | Übertragung der Vertretung auf einen beim Prozeßgerichte nicht zugelassenen Rechtsanwalt | 404 |
| 115. | Einlegung des Einspruchs vor Zustellung des Versäumnisurteils (S. Nr. 55) | 408 |
| 116. | Versäumnisverfahren in der Revisionsinstanz. — C.P.O. §. 278 | 407 |
| 117. | Gehören Streitigkeiten zwischen Landesherrn und Ständen über Auslegung ꝛc der Verfassung zur Zuständigkeit der Gerichte? | 409 |
| 118. | Gerichtsstand des Erfüllungsortes bei Klagen auf Aufhebung eines Vertrags. Gilt C.P.O. §. 242 auch für das Berufungsurteil? | 412 |
| 119. | Arrestgrund nach C.P.O. §. 797 | 416 |
| 120. | Berechnung des Wertes des Streitgegenstandes bei der Klage auf Herausgabe der Geschäftsbücher (S. Nr. 29) | 418 |
| 121. | Berechnung der Revisionssumme. Restitution wegen Verhinderung der Prozeßvertreter | 419 |
| 122. | Revision im Fall C.P.O. §. 549 Z. 1 | 422 |
| 123. | Kann die Revision auf Verletzung der deutschrechtlichen Grundsätze über das eheliche Güterrecht gestützt werden? (S. Nr. 57) | 424 |
| 124. | Kann die Entscheidung, ob Lieferungsvertrag oder Kommission vorliege, mit der Revision angefochten werden? (S. Nr. 33) | 425 |
| 125. | Inwiefern kann ein Urteil, welches auf Annahme der bestimmten Bedeutung einer Urkunde beruht, mit der Revision angefochten werden? | 425 |
| 126. | Eidesantrag über Wissen. Statthaftigkeit der Revision bei Verwerfung eines Eidesantrags wegen mangelnder Substanziierung | 430 |
| 127. | Bezugnahme des Berufungsrichters auf die Gründe des ersten Urteils | 433 |
| 128. | Zustellung der auf Betreiben der Partei zuzustellenden Urteile durch Übergabe einer Ausfertigung oder einer Abschrift | 435 |

Seite
Alphabetisches Register . . . . . 441
Quellen-Register . . . . . 456
Chronologisches Register . . . . . 462
Zusammenstellung nach Oberlandesgerichtsbezirken . . . . . 469
Druckfehler . . . . . 470

# I. Reichsrecht.

## 1. Zu §. 2 des Haftpflichtgesetzes. Eigenes Verschulden des bei einer von ihm selbst geleiteten Betriebshandlung verunglückten Arbeiters oder Verschulden seines Vorgesetzten, dessen Anweisung er befolgt hat?

III. Civilsenat. Urt. v. 28. September 1880 i. S. B. (Kl.) w. M. (Bekl.) Rep. III. 397/79.

I. Kreisgericht Altona.
II. Appellationsgericht Kiel.

In der Eisengießerei der Beklagten war B. als kommandierender Former angestellt; als solchem lag ihm ob, selbständig den Guß zu leiten sowie alle zur Vornahme desselben erforderlichen Vorbereitungen zu treffen, insbesondere die zu verwendenden Materialien aus den in der Fabrik vorhandenen sich auszusuchen. Bei der Vornahme eines von ihm geleiteten Gusses spritzte das glühende Eisen aus der Gußpfanne hinüber auf die bei dem Gusse beschäftigten, auf einem Holzgerüste stehenden Arbeiter; dies machte die letzteren ängstlich und unruhig, infolge ihrer Unruhe stürzte das Gerüst zusammen, B. fiel in das auf die Erde übergeflossene Eisen und starb an den erlittenen Verletzungen. Seine Witwe klagte deshalb auf Grund des §. 2 des Haftpflichtgesetzes gegen die Beklagten auf Entschädigung, indem sie behauptete, das Unglück sei durch den ihrem Ehemann vorgesetzten Werkführer der Beklagten verschuldet; es sei nämlich die Ursache des Unglückes, das Überspritzen des Eisens, dadurch veranlaßt worden, daß die verwandte Pfanne zu klein gewesen sei; der Verstorbene habe dies auch eingesehen und, weil ihm selbst keine andere Pfanne zur

Disposition gestanden, den Werkführer hierauf aufmerksam gemacht und denselben gebeten, ihm eine von den vorhandenen größeren Pfannen zu geben; der Werkführer habe aber erwidert, es werde auch so gehen, und ihn angewiesen, mit der vorgefundenen Pfanne den Guß vorzunehmen. Die zweite Instanz wies die Klage ab, indem sie ausführte: B. habe vermöge der ihm als kommandierenden Former obliegenden Pflichten nicht bloß wegen seines eigenen Interesses, sondern auch im Interesse der übrigen bei dem Gusse beschäftigten Arbeiter selbständig und verantwortlich dafür zu sorgen gehabt, daß keine solche Materialien verwandt würden, mit deren Verwendung Gefahr für Gesundheit und Leben verknüpft sei; habe er nun selbst eingesehen, daß die verwandte Pfanne zu klein und deshalb gefahrdrohend sei, so habe er sich auch nicht durch eine Anweisung des Werkführers zur Verwendung derselben bestimmen lassen dürfen, und sei demnach bei Richtigkeit der Klagebehauptungen das Unglück durch sein eigenes Verschulden herbeigeführt worden. Diese Entscheidung wurde aus folgenden Gründen vernichtet:

„Der Entscheidungsgrund der Vorinstanz ist rechtsirrtümlich. Da B. die von ihm bekleidete Stellung eines kommandierenden Formers nur kraft Auftrags seiner Dienstherren einnahm, so war er auch hinsichtlich aller ihm aus dieser Stellung obliegenden Geschäfte den Anordnungen seiner Dienstherren und ihrer Repräsentanten unterworfen und demnach zur Vornahme dieser Geschäfte nur so lange und insoweit berufen und berechtigt, als nicht seitens der letzteren hierüber eine anderweitige Bestimmung getroffen wurde. Es hatte folglich der Werkführer der beklagten Firma, welcher dem B. auf seine Vorstellung, daß die von ihm vorgefundene Pfanne untauglich sei, die verlangte größere Pfanne abschlug und ihn anwies, mit der vorgefundenen den Guß auszuführen, auch den von B. dieser Anweisung geleisteten Gehorsam zu verantworten, und es kann dem B. in seiner untergeordneten Stellung nicht zum Vorwurfe gereichen, daß er die von ihm gehegten und geäußerten Bedenken gegen die ihm darauf von seinen Vorgesetzten erteilte Anweisung nicht weiter geltend machte." ...

---

**2. Können wegen der durch die Verletzung verursachten dauernden Kränklichkeit für unausgesetzte Pflege und erhöhte Lebensbedürfnisse**

## Heilungskosten in Form einer Erhöhung der Rente zugesprochen werden?

II. Civilsenat. Urt. v. 19. Oktober 1880 i. S. Bergisch-Märkische Eisenbahn (Bekl.) w. S. (Kl.) Rep. II. 153/80.

I. Landgericht Elberfeld.
II. Oberlandesgericht Köln.

Dem Kläger S., welcher als Bremser im Dienste der Beklagten beim Betriebe der Eisenbahn eine Verletzung erlitten hat, ist eine höhere Rente zugesprochen worden, als sein letztes Jahreseinkommen betrug. Der von der Beklagten eingelegte Kassationsrekurs wurde verworfen aus folgenden

Gründen:

„In Erwägung, daß nach der thatsächlichen Feststellung des angefochtenen Urteiles das Jahreseinkommen des Verletzten S. zur Zeit des Unfalles aus dem Gehalt von 840 M. und einem Wohnungsgeldzuschuß von 180 M. bestanden hat, wozu noch die Hälfte der monatlich 24 M. betragenden Meilengelder mit 144 M. gerechnet ist;

daß der Appellationsrichter die Erhöhung des sich hiernach ergebenden Gesamtbetrags von 1164 M. auf eine jährliche Rente von 1500 M. dadurch begründet hat, daß nach der ausführlich motivierten Expertise S. infolge der erlittenen Verletzung nicht nur fortdauernd arbeitsunfähig geworden, sondern auch fortwährend leidend, einem sogenannten hektischen Zustand und Siechtum verfallen, und folglich unausgesetzter Pflege, ärztlicher Behandlung und stärkender Beköstigung benötigt sei;

daß der zugebilligte Mehrbetrag von 336 M. bei diesen thatsächlichen Verhältnissen unter den Begriff der Heilungskosten fällt, da zu letzteren auch derjenige Kostenaufwand gerechnet werden kann, welcher erforderlich ist, damit der Zustand des Verletzten sich nicht verschlimmere;

daß dieser Annahme der Inhalt der Klage nicht entgegensteht, wonach zwar ein Antrag auf Zuerkennung von Heilungskosten nicht ausdrücklich gestellt, jedoch allgemein Ersatz des dem Kläger durch den Unfall und seine dadurch herbeigeführte dauernde Kränklichkeit und Arbeitsunfähigkeit erwachsenen Schadens begehrt und dem Gericht die nähere Feststellung des Schadens überlassen war;

daß allerdings im §. 7 des Ges. v. 7. Juni 1871 ohne Erwähnung

der Heilungskosten nur bestimmt ist, daß als Ersatz für den zukünftigen Unterhalt oder Erwerb in der Regel eine Rente zuzubilligen sei, hierdurch aber nicht ausgeschlossen war, unter Würdigung aller Umstände des vorliegenden Falles auch die Heilungskosten in Form einer Rente zuzusprechen;

daß mithin der Appellationsrichter §. 3 No. 2 und §. 7 des besagten Gesetzes nicht verletzt hat."

---

## 3. Zu §. 2 des Haftpflichtgesetzes. Was ist unter Beaufsichtigung des Betriebes zu verstehen? Haftung für gewöhnliche Arbeiter.

III. Civilsenat. Urt. v. 3. Dezember 1880 i. S. Sch. (Kl.) w. A. (Bekl.) Rep. III. 221/80.

I. Kreisgericht Altona.
II. Oberlandesgericht Kiel.

In der Gasfabrik der Beklagten wurden Kohlen an einer eisernen Kette auf den Boden des Retortenhauses hinaufgewunden. Während des Aufwindens riß die Kette, und ein Arbeiter der Beklagten wurde durch die herunterstürzende Last schwer verletzt. Derselbe verlangte auf Grund des §. 2 des Haftpflichtgesetzes von der Beklagten Schadensersatz, weil ihr Werkführer das Unglück durch Vernachlässigung der ihm obliegenden Untersuchung der Kette verschuldet habe. Die Beklagte erkannte an, daß ihrem Werkführer obliege, dafür zu sorgen, daß die Kette vor dem Beginne des jedesmaligen Gebrauchs auf ihre Festigkeit untersucht werde; sie behauptete aber, der Werkführer, welcher nicht verpflichtet gewesen sei, diese Untersuchung in eigener Person vorzunehmen, habe zwei ihm als zuverlässig und sachkundig bekannte Arbeiter, H. und M., mit der Vornahme dieser Untersuchung beauftragt und vor Beginn des Gebrauches von denselben die Meldung erhalten, daß sie die Kette untersucht und in fehlerlosem Zustande befunden hätten. Dem Werkführer könne somit nicht der Vorwurf eines schuldvollen Verfahrens gemacht werden, und für ein etwa von dem H. und dem M. bei Ausführung des ihnen gewordenen Auftrages begangenes Verschulden habe die Beklagte nicht zu haften, weil dieselben nur gewöhnliche Arbeiter

seien. Es ist festgestellt, daß das Reißen der Kette dadurch herbeigeführt ist, daß dieselbe an der Bruchstelle bereits sehr verschlissen war, sowie, daß dieser Fehler bei vorgängiger aufmerksamer Untersuchung der Kette hätte bemerkt werden müssen. Die zweite Instanz war der Meinung, daß die Beklagte für ein Verschulden der beiden gewöhnlichen Arbeiter H. und M. nicht zu haften habe und es deshalb nur darauf ankomme, ob dem Werkführer ein Verschulden zur Last falle. Diese Auffassung wurde aus folgenden Gründen gemißbilligt:

„In den Gesetzesworten „eine zur Leitung oder Beaufsichtigung des Betriebs oder der Arbeiter angenommene Person", welche nach der Absicht der Motive im weitesten Sinne aufzufassen sind,

Reichstag 1871. Sten. Berichte III. S. 72,

ist der Ausdruck „Leitung oder Beaufsichtigung des Betriebs", wie auch von einem Bundeskommissar im Reichstage hervorgehoben ist,

a. a. O. I. S. 478,

nicht bloß in Bezug auf das Betriebsganze, sondern auch in Bezug auf den Betrieb in seinen einzelnen Teilen zu verstehen. Zu dem Betriebe gehören aber namentlich die Funktionen der in Verwendung befindlichen Maschinen, Werkzeuge und Geräte. Kann nun auch freilich ein Arbeiter, welchem bloß die Bedienung einer Maschine obliegt, nicht zu dem Leitungs- und Beaufsichtigungspersonal gerechnet werden, so kann es doch andererseits, zumal der Fabrikherr schon aus dem Arbeitskontrakte nach allgemeinen Grundsätzen verpflichtet ist, dafür zu sorgen, daß die Maschinen u. s. w. sich nicht in einem durch Schadhaftigkeit die Arbeiter gefährdenden Zustande befinden, keinem Zweifel unterliegen, daß die Überwachung der Tüchtigkeit und der Instandhaltuug sämtlicher Maschinen, Werkzeuge und Geräte einen Bestandteil der Beaufsichtigung des Betriebs bildet.

Die Meinung der Beklagten, daß ein Fabrikherr für das Verschulden gewöhnlicher Arbeiter nicht zu haften habe, ist nur insoweit richtig, als das Gesetz den Fabrikherrn für ein von einem gewöhnlichen Arbeiter bei gewöhnlichen Dienstverrichtungen begangenes Verschulden nicht verantwortlich macht. Für die Verschuldungen einer zur Leitung oder Beaufsichtigung des Betriebs angenommenen Person hat der Fabrikherr ganz allgemein zu haften, ohne daß etwas darauf ankommt, ob dieselbe eine höhere, anderen Arbeitern vorgesetzte Stellung einnimmt oder nicht. Wird ein gewöhnlicher Arbeiter von

dem Fabrikherrn oder einem Bevollmächtigten desselben mit der Wahrnehmung von Geschäften, welche zur Leitung oder Beaufsichtigung des Betriebs gehören, beauftragt, so wird er hierdurch hinsichtlich dieser Geschäfte zu einer Person, für welche der Fabrikherr gemäß §. 2 des Haftpflichtgesetzes zu haften hat. In diesem Sinne hat sich auch in den Reichstagsverhandlungen der gedachte Bundeskommissar ausgesprochen, indem er einen Kesselwärter, welcher den Kessel einer Dampfmaschine auf dessen Gefahrlosigkeit zu revidieren hat, zu dem Personal zählt, für welches gehaftet werden muß,

a. a. O. I. S. 478,

und ebenso beziehen die citierten Motive den §. 2 auch auf diejenigen gewöhnlichen Bergleute, welche mit den vor dem Einfahren in den Schacht vorzunehmenden Prüfungen oder mit der Herrichtung oder Austeilung der Sicherheitslampen betraut sind.

Hiernach ist auch im vorliegenden Falle die Untersuchung der Tüchtigkeit der Kette, an welcher die Kohlen aufgewunden werden sollten, als ein Akt der Beaufsichtigung des Betriebs anzusehen. Und folglich ist die Haftung der Beklagten für das festgestellter Maßen durch Vernachlässigung dieser Untersuchung begangene Verschulden auch nach ihrer eigenen Sachdarstellung begründet. Hat der Werkführer die beiden Arbeiter mit der Vornahme der Untersuchung beauftragt und beauftragen dürfen, so liegt freilich nur ein Verschulden dieser Arbeiter vor, aber dasselbe ist von der Beklagten zu vertreten, weil es von ihnen begangen ist bei einem Akte der Beaufsichtigung des Betriebs, zu welchem sie durch den zuständigen Auftrag des Werkführers angenommen waren."

---

## 4. Geht die Wechselverbindlichkeit des Ausstellers eines eigenen Sichtwechsels dadurch verloren, daß der Wechsel nicht innerhalb der Frist des Art. 31 W.O. präsentiert worden ist?

Wechselordnung Artt. 31 Abs. 2. 98 Ziff. 5.

III. Civilsenat. Urt. v. 26. November 1880 i. S. B. (Bekl.) w. K. (Kl.) Rep. III. 640/80.

I. Landgericht Kassel.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Zwei von dem Beklagten am 30. März 1876, bez. am 31. Oktober 1877, an die Ordre der Klägerin ausgestellte eigene, bei Sicht zahlbare Wechsel wurden ihm erst am 17. Juli 1880 präsentiert. Er weigerte die Zahlung und wandte gegen die darauf angestellte Klage ein, daß der Wechselanspruch gemäß Art. 31 Abs. 2 u. Art. 98 Nr. 5 W.O. durch die Versäumung der zweijährigen Präsentationsfrist erloschen sei. Der Einwand wurde in erster Instanz für begründet erachtet, in zweiter Instanz aber, unter Bezugnahme auf die Ausführungen des Reichsoberhandelsgerichts in seinen Entscheidungen Bd. 3 Nr. 41 S. 186 flg.,[1] verworfen. Die Revision des Beklagten wurde aus folgenden Gründen zurückgewiesen:

„Die zu entscheidende Rechtsfrage:

ob gemäß Art. 98 Ziff. 5 und Art. 31 Abs. 2 der W.O. der Wechselanspruch gegen den Aussteller eines eigenen, auf Sicht gestellten Wechsels durch die Nichtinnehaltung der zweijährigen Präsentationsfrist verloren geht?

ist mit Recht verneint. Die Bestimmung des Art. 31 Abs. 2 W.O. ergiebt hinsichtlich des gezogenen Sichtwechsels, daß die Versäumung der vorgeschriebenen Präsentation den Verlust des Wechselanspruchs gegen den Aussteller und die Indossanten, nicht aber auch gegen den Acceptanten nach sich zieht. Wenn man sich nun vor Augen hält, daß hinsichtlich des gezogenen Wechsels der Acceptant derjenige Wechselschuldner ist, welcher die Wechselzahlung versprochen und damit die direkte Wechselverbindlichkeit auf sich genommen hat, und dagegen der Aussteller und die Indossanten nur einem Regreßanspruche unterworfen sind, so ist hiermit nicht bloß das Motiv der im Art. 31 Abs. 2 getroffenen Unterscheidung gegeben, sondern man muß hiernach auch geradezu den Kern und das juristische Wesen des Inhalts dieser Gesetzesbestimmung darin finden, daß nur die Fortdauer des Regreßanspruchs an das Erfordernis der Präsentation hat geknüpft sein sollen. Hieraus folgt, daß die Beantwortung der Frage, ob durch die im Art. 98 Ziff. 5 vorgeschriebene Anwendung des Art. 31 auf den eigenen Wechsel das Präjudiz dieses Artikels

[1] Dieser Entscheidung hat sich seitdem auch die Literatur angeschlossen: Thöl, Wechselrecht, 4. Aufl. S. 153 Not. 20; Kowalzig, W.O. Not. 79 zu Art. 98; Rehbein, W.O. S. 111 Note 12; im entgegengesetzten Sinne hat früher, 1864, das Obertribunal zu Berlin entschieden (Entsch. Bd. 50 S. 369). D. E.

auf den Aussteller des eigenen Sichtwechsels erstreckt sei, von der rechtlichen Natur der demselben obliegenden Wechselverbindlichkeit abhängen muß. Nun hat aber in dem eigenen Wechsel der Aussteller die Zahlung der Wechselsumme versprochen; derselbe haftet daher direkt als Hauptwechselschuldner und nicht erst im Regreßwege.

Wenn der Revisionskläger noch einwendet, die angefochtene Entscheidung führe zu dem unleidlichen Ergebnisse, daß der Inhaber eines eigenen Sichtwechsels dem Aussteller gegenüber durch Verzögerung der Präsentation die Fälligkeit des Wechselanspruchs und damit den Beginn der Wechselverjährung beliebig hinausschieben könne, und dabei auszuführen versucht, daß das Reichsoberhandelsgericht durch seine Entscheidung (Bd. 11 Nr. 22 S. 47), daß die Wechselverjährung gegen den Aussteller eines eigenen Sichtwechsels bei Versäumung der Präsentationsfrist des Art. 31 Abs. 2 dennoch mit dem Ablaufe dieser Frist beginne, sich mit seiner hier in Rede stehenden Entscheidung in Widerspruch gesetzt habe, so übersieht er, daß die Rechtslage, welcher der Aussteller eines eigenen Sichtwechsels in Konsequenz der gegenwärtigen Entscheidung ausgesetzt ist, keine andere ist, als diejenige, in welche auch der Acceptant eines gezogenen Sichtwechsels infolge der klaren Bestimmung des Art. 31 Abs. 2 geraten kann. Und da auch die Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts über den Beginn der Wechselverjährung sich gleichmäßig auf den letzteren Fall erstreckt (Entsch. Bd. 4 Nr. 70 S. 344), so ist ein Zusammenhang derselben mit der gegenwärtigen Frage nicht anzuerkennen."

---

## 5. Zum Art. 250 des Handelsgesetzbuchs. Erfordert der Begriff der stillen Gesellschaft, daß der stille Gesellschafter nicht bloß an dem Gewinne, sondern auch an dem Verluste beteiligt ist?

III. Civilsenat. Urt. v. 30. November 1880 i. S. L. (Kl.) w. D. V. (Bekl.) Rep. III. 118/80.

I. Kreisgericht Hanau.
II. Oberlandesgericht Kassel.

Das Bankhaus D. V. hatte mit den beiden Inhabern des in offener Handelsgesellschaft unter der Firma „Gebrüder L." betriebenen

Handelsgewerbes einen Vertrag auf eine mehrjährige Dauer abgeschlossen, welcher im wesentlichen dahin ging: das Bankhaus verpflichtete sich, der Firma eine bedeutende Summe vorzuschießen; sowohl dieser Vorschuß als auch die in dem Vertrage nach ihrem derzeitigen Bestande konstatierte Geschäftseinlage der Firmeninhaber sollte mit 6% verzinst und der nach Maßgabe der jährlichen Bilanz erübrigte Reingewinn in einem gewissen Verhältnisse an das Bankhaus und die Firmeninhaber verteilt werden; etwaige Geschäftsverluste sollten von den beiden Inhabern der Firma allein getragen werden; ein gewisser Teil des auf die Firmeninhaber entfallenden Reingewinnsanteils sollte zur Rückzahlung des gewährten Vorschusses verwandt, im übrigen der letztere erst mit dem Ablaufe der Vertragszeit rückzahlbar werden. Dem Bankhause war endlich ein sehr umfassender Einfluß auf die Geschäftsführung der Firmeninhaber eingeräumt. Nachdem dieser Vertrag bereits während längerer Zeit zur Ausführung gebracht worden war, entstand in Anlaß desselben unter den Kontrahenten ein Prozeß. Die zweite Instanz nahm an, daß das beklagte Bankhaus infolge des Vertrags ein stiller Gesellschafter der klagenden Firma (Art. 250 H.G.B.) geworden sei, und sie berief sich zur Rechtfertigung dieser Annahme auf den Ausspruch in den

Entsch. des R.O.H.G.'s Bd. 12 No. 32 S. 100,

nach welchem bei einer stillen Gesellschaft die Vereinbarung zulässig sei, daß der stille Gesellschafter an dem Verluste nicht teilnehmen solle. Die Gründe des reichsgerichtlichen Erkenntnisses sagen dagegen:

„Bei der Vertragsbestimmung, daß das beklagte Bankhaus an einem etwaigen Verluste nicht teilnehmen soll, kann im vorliegenden Falle eine stille Gesellschaft im Sinne des Handelsgesetzbuches nicht angenommen werden.

Der Art. 250 bestimmt:

„Eine stille Gesellschaft ist vorhanden, wenn sich jemand an dem Betriebe des Handelsgewerbes eines Anderen mit einer Vermögenseinlage gegen Anteil an Gewinn und Verlust beteiligt."

Hiernach gehört die Teilnahme an dem Verluste zu den Voraussetzungen für das Vorhandensein einer stillen Gesellschaft.

Eine Vereinbarung, der zufolge der Socius mit seiner Vermögenseinlage nur teilnimmt an dem Gewinn, nicht an dem Verluste des Betriebes, ist nun zwar weder gesetzlich unzulässig, noch erscheint sie an

sich unvereinbar mit dem Wesen einer stillen Gesellschaft. Aber jene Begriffsbestimmung dient offenbar dem Zwecke, festzustellen, unter welchen Voraussetzungen die für die stille Gesellschaft geltenden Vorschriften des Handelsgesetzbuches unmittelbar anwendbar sein sollen. Und wenn damit auch der Privatwillkür Abweichungen von dieser Begriffsbestimmung nach der einen oder anderen Richtung hin selbstfolglich nicht verschlossen sind, so ist es doch immer nur auf den Willen der Kontrahenten zurückzuführen, sofern mit den dadurch gebotenen Beschränkungen im übrigen die Vorschriften des Handelsgesetzbuches auch auf ein bloßes Societätsverhältnis anwendbar bleiben, und wird es also stets nach dem Inhalt des Vertrages sich zu richten haben, ob und inwieweit eine Unterwerfung unter die Vorschriften des Handelsgesetzbuches als vereinbart angesehen werden darf." . . .

---

## 6. Von welchen Voraussetzungen hängt die Zulassung des Rechtsweges für einen Anspruch auf Erstattung von Armenunterstützungen gegen einen Armenverband ab?

IV. Civilsenat. Urt. v. 10. Januar 1881 i. S. E w. S. Rep. IV. 396/80.

Die Entscheidung ist unten unter „Preußisches Recht" abgedruckt.

---

## 7. Darf ein Genossenschafter, welcher länger als drei Monate vor dem die Auflösung und Liquidation der Genossenschaft aussprechenden Beschlusse in gültiger Weise aus der Genossenschaft ausgeschieden ist, in dem durch die §§. 52 flg. des Gesetzes vom 4 Juli 1868 geregelten sogenannten Umlageverfahren von dem Vorstande noch als beitragspflichtig herangezogen werden?

Gesetz betreffend die privatrechtliche Stellung der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften v. 4. Juli 1868 (B.G.Bl. S. 415).[1]

V. Civilsenat. Urt. v. 12. Januar 1881 i. S. Bauverein zu K., eing. Gen. in Liqu., (Kl.) w. W. (Bekl.) Rep. V. 543/80.

---

[1] von Sicherer, die Genossenschaftsgesetzgeb. in Deutschland. S. 309 zu §. 52; Parisius, die Genossenschaftsgesetze im deutschen Reich, Berlin 1876, S. 381.
D. E.

I. Landgericht Ratibor.
II. Oberlandesgericht Breslau.

Der Kläger ist bereits mit dem letzten Dezember 1877 aus der beklagten eingetragenen Genossenschaft, dem Bauverein zu Kosel, ausgeschieden. Gleichwohl haben ihn die Liquidatoren dieser Genossenschaft in den Verteilungsplan in Höhe von 3237,96 Mark als beitragspflichtig mit aufgenommen, in welchem festgestellt worden ist, wieviel jeder Genossenschafter zur Befriedigung der Genossenschaftsgläubiger beizutragen hat, welche aus dem Genossenschaftsvermögen wegen dessen Unzulänglichkeit nicht haben befriedigt werden können. Der Verteilungsplan ist von dem Amtsgericht zu Kosel für vollstreckbar erklärt worden. Kläger ist der Ansicht, daß er bei seinem bereits erfolgten Ausscheiden zu einem Beitrage nicht hätte herangezogen werden dürfen. Auf seinen Antrag ist der Verteilungsplan von den beiden Vorderrichtern, soweit er den Kläger zu einem Beitrag verpflichtet, aufgehoben worden. Die von der beklagten Genossenschaft hiergegen eingelegte Revision ist zurückgewiesen.

Gründe:

„Wenn bei einer eingetragenen Genossenschaft der Gesellschaftsvertrag nicht etwas anderes bestimmt, so muß ein nach Erschöpfung des Genossenschaftsvermögens noch zu deckender Rest von Forderungen der Genossenschaftsgläubiger gleichmäßig von sämtlichen Genossenschaftern aufgebracht werden.

Gesetz, betreffend die privatrechtliche Stellung der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften vom 4. Juli 1868 §. 9 (B.G.Bl. S. 416).

Es ist dies eine im Gesetz begründete Verpflichtung der Genossenschafter der juristischen Persönlichkeit der Genossenschaft (§. 11 a. a. O.) gegenüber, und es wird dies Recht der Genossenschaft durch das in den §§. 52 flg. a. a. O. angeordnete Verfahren zur Geltung gebracht.

Nachdem der Konkurs soweit gediehen ist, daß der Schlußverteilungsplan feststeht, oder, wenn sich bei nicht zulässigem Konkurse das Genossenschaftsvermögen als unzureichend erwiesen hat (§. 59), liegt dem Vorstand ob, eine Berechnung (Verteilungsplan) anzufertigen, aus welcher sich ergiebt, wieviel jeder Genossenschafter zur Befriedigung der Gläubiger wegen der im Konkurse erlittenen Ausfälle beizutragen hat. Erfolgt die Zahlung dieser Beiträge nicht, so hat der Vorstand den Verteilungsplan dem Gericht mit dem Antrage einzureichen, denselben für vollstreckbar zu erklären, und es faßt das Gericht hierüber nach

vorangegangener Vernehmung der Genossenschafter Beschluß. Jedem Genossenschafter steht zwar im Wege der Klage die Anfechtung dieses Beschlusses frei, die Exekution wird dadurch aber nicht gehemmt.

Der von dem einzelnen Genossenschafter nicht einziehbare Beitrag wird in einem gleichen Verfahren auf die übrigen Genossenschafter verteilt (§§. 52—61 a. a. O.).

Dieses Umlageverfahren ist eine innere Angelegenheit der Genossenschaft, welche dabei durch ihren Vorstand oder durch die an Stelle desselben getretenen Liquidatoren vertreten wird. Die von dem einzelnen Genossenschafter gegen den Verteilungsplan erhobene Klage ist zwar gegen die übrigen beteiligten Genossenschafter zu richten, aber auch diese werden in dem diesfälligen Prozesse von dem Vorstande vertreten (§. 56). Schon hieraus erhellt, daß bei diesem Verfahren nur diejenigen Personen beteiligt sein können, welche noch zur Genossenschaft gehören, und bezüglich deren die Vertreter der Genossenschaft überhaupt nur noch befugt sind, rechtsverbindliche Anordnungen zu treffen.

Genossenschafter, welche auf dem ordnungsmäßigen Wege (§. 39) aus der Genossenschaft ausscheiden, sind von dem Zeitpunkte ab, mit welchem ihr Ausscheiden in Wirksamkeit tritt, von allen ihren Beziehungen zur Genossenschaft befreit. Sie haben als Gläubiger derselben ihren Geschäftsanteil zu fordern, wie er sich nach der Bilanz des Austrittsjahres herausstellt (§§. 38. 39). Im übrigen aber bestehen für sie gegenüber der Genossenschaft weder Rechte noch Pflichten. Sie können also auch nicht mehr bei Anlegung des Verteilungsplanes als Genossenschafter betrachtet und nicht mehr von der Genossenschaft zu einer Befriedigung der Genossenschaftsgläubiger herangezogen werden, welche bei der Unzulänglichkeit des Genossenschaftsvermögens einen Ausfall erlitten haben.

Neben der Verpflichtung der Genossenschafter — gegenüber der Genossenschaft — den Ausfall der Gläubiger gemeinschaftlich nach Köpfen aufzubringen, besteht für jeden Genossenschafter noch — dem Genossenschaftsgläubiger gegenüber — die Verpflichtung, bei feststehender Unzulänglichkeit des Genossenschaftsvermögens demselben seinen Ausfall solidarisch zu erstatten. §§. 3 Nr. 12. 12 a. a. O.; Deutsche Konkursordnung §. 197. Auch die ausgeschiedenen Genossenschafter bleiben den Gläubigern gleichmäßig für alle bis zu ihrem Austritt von der Genossenschaft eingegangenen Verpflichtungen bis zum Ab-

lauf der Verjährung (§. 63 des Ges. v. 4. Juli 1868) verhaftet (§. 39 a. a. O.).[1]

In dieser Solidarverhaftung der Genossenschafter — den Gläubigern gegenüber — wird durch das Umlageverfahren (§§. 52—61 a. a. O.) nichts geändert (§. 62 a. a. O.). Dieselbe besteht nebenher unverändert weiter.

Aus den Beratungen, welche der Emanation des Gesetzes vom 4. Juli 1868 vorhergegangen sind, ergiebt sich, daß anfänglich die Absicht vorgewaltet hat, auch die ausgeschiedenen Genossenschafter dem Umlageverfahren zu unterwerfen. Schon bei Beratung des preuß. Gesetzes, welches unterm 27. März 1867 erging, brachte der Abgeordnete Schulze-Delitzsch unter Bezugnahme auf einen von ihm im Jahre 1863 gefertigten Entwurf ein besonderes Verfahren zur Realisierung der Solidarhaft in Vorschlag. Es sollten dadurch die Verwickelungen vermindert werden, welche durch die Solidarhaft der Genossenschafter den Gläubigern gegenüber und durch die dann wieder notwendige Ausgleichung der Genossenschafter unter einander wegen der Leistungen des einzelnen aus dieser Solidarhaft herbeigeführt werden können. Auch sollten die Genossenschaftsgläubiger dadurch einer weitläufigen Einklagung ihrer Forderungen enthoben und die Genossenschafter dagegen geschützt werden, einzeln sogleich für die ganze Schuld in Anspruch genommen werden zu können. In diesem im §. 36 des Schulze-Delitzsch'schen Entwurfes von 1863 enthaltenen Vorschlage sollte der vom Gericht festgesetzte Betrag, welcher zur vollen Befriedigung der Vereinsgläubiger noch erforderlich war, auf sämtliche haftbare, gegenwärtige und frühere Mitglieder des Vereins gleichmäßig verteilt werden.

Die Kommission des Abgeordnetenhauses im Jahre 1863 erkannte zwar an, daß derartige Bestimmungen wünschenswert seien, hielt die Ausführung aber mit der Organisation der Gerichte in den verschiedenen Landesteilen nicht für vereinbar.

In der Sitzung des Reichstages des Norddeutschen Bundes vom Jahre 1868 beantragte Schulze die Einführung eines dem preuß.

[1] Nicht berührt ist die Frage, ob demjenigen Genossenschafter, welcher auf Grund der solidarischen Verhaftung einen ausgefallenen Genossenschaftsgläubiger befriedigt hat, nach dem bürgerlichem Rechte ein Regreßanspruch auch an die ausgeschiedenen Genossenschafter zusteht. D. E.

Gesetze entsprechenden Gesetzes für das ganze Bundesgebiet. In seinem Gesetzentwurf war vorgeschlagen, daß der Vorstand (beziehungsweise die Liquidatoren) die zur vollen Befriedigung der Gläubiger fehlende Summe auf alle einzelnen der Genossenschaft bei der Auflösung angehörigen, so wie die früheren noch haftbaren Mitglieder verteilen sollte. (Stenogr. Ber. üb. d. Verh. d. Reichst. des Nordd. B. 1868, Aktenst. Nr. 60 S. 194. 199, Parisius a. a. O. S. 375.)

In dem Bericht der Kommission des Reichstages vom 23. Mai 1868 wurde dieser Vorschlag gebilligt. (Stenogr. Ber. a. a. O., Aktenst. Nr. 80 S. 297. 300.)

Der Reichstag nahm den Vorschlag so an, wie er von der Kommission befürwortet worden war; der Bundesrat holte aber noch das Gutachten der Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs einer Civilprozeßordnung ein. Diese Kommission billigte zwar den Gedanken, welcher dem Schulze'schen Vorschlag zum Grunde liegt, machte aber zur Ausführung desselben die Vorschläge, welche nun in den §§. 52 bis 62 des Gesetzes wiedergegeben sind. Abweichend von dem Schulze'schen Vorschlage und dem Beschlusse des Reichstages werden nun im §. 52 die ausgeschiedenen Genossenschafter gar nicht mehr erwähnt. Die Verteilung soll nach dem Wortlaute des §. 52 ergeben, „wie viel jeder Genossenschafter zur Befriedigung der Gläubiger wegen der im Konkurse erlittenen Ausfälle beizutragen hat." Hiermit können nur die dann noch vorhandenen Genossenschafter gemeint sein. Allerdings ergiebt der Bericht der Civilprozeßkommission nicht, aus welchem Grunde sie die ausgeschiedenen, aber noch haftbaren Genossenschafter bei Anlegung des Planes (§. 52) nicht berücksichtigt haben will.

Stenogr. Ber. a. a. O. Nr. 193.

Offenbar liegt der Grund aber darin, daß das Umlageverfahren im §. 52 a. a. O. und die Verhandlungen darüber bald zu einem vollstreckbaren Ergebnis führen sollen, also nur auf einfachen Verhältnissen beruhen können. Werden nur die noch vorhandenen Genossenschafter bei Anlegung der Verteilung berücksichtigt, so ist unter Berücksichtigung des §. 9, wonach sie für den Ausfall gleichmäßig nach Köpfen zu haften haben, die Berechnung eine höchst einfache. Sollen dagegen auch die ausgeschiedenen, aber noch haftbaren Genossenschafter mitherangezogen werden, so muß bezüglich einer jeden Genossenschaftsschuld besonders ermittelt werden, ob der ausgeschiedene gerade für diese Schuld noch

verhaftet ist (§§. 39. 63). Die komplizierte Veranlagung erschwert eine sachgemäße Prüfung des Planes seitens der Genossenschafter, die Erörterung der erhobenen Einwendung und die gerichtliche Entscheidung über die Vollstreckbarkeit in dem nur gestatteten abgekürzten Verfahren (§§. 53. 54).

Gegenüber der von der ursprünglichen Vorlage abweichenden Fassung des §. 52 im Gesetz kann auf die noch neuerdings von Schulze-Delitzsch versuchte Ausführung, daß auch die ausgeschiedenen, aber noch haftbaren Genossenschafter in den Verteilungsplan aufzunehmen seien,

Schulze-Delitzsch, Streitfragen im deutschen Genossenschaftsrecht, Heft 1 S. 28 flg.

kein Gewicht gelegt werden."

---

## 8. Ist die geschiedene Ehefrau berechtigt, wegen des ihr im Scheidungsurteil zugesprochenen Verpflegungsanspruchs den noch nicht eingeforderten Arbeitslohn ihres geschiedenen Ehemannes mit Beschlag belegen zu lassen?

Ges. v. 21. Juni 1869 betr. die Beschlagnahme des Arbeits- und Dienstlohns (R.G.Bl. S. 242).

I. Hilfssenat. Urt. v. 14. Dezember 1880 i. S. H. (Kl.) w. H. (Bekl.) Rep. IVa. 381/80.

I. Stadtgericht Berlin.
II. Kammergericht daselbst.

Die Klägerin hatte zur Deckung des ihr im Scheidungsurteil wider ihren Ehemann zuerkannten Alimentationsanspruchs dessen laufenden Lohn mit Beschlag belegen lassen und demnächst auf Grund exekutiver Überweisung wider den Arbeitgeber eingeklagt. Ihre Klage wurde vom Appellationsrichter abgewiesen und ihre Nichtigkeitsbeschwerde verworfen.

Aus den Gründen:

„Allerdings gründet sich der, an Stelle der Abfindung wegen der vereitelten künftigen Erbfolge in den Nachlaß des schuldigen Ehemannes tretende Verpflegungsanspruch der unschuldigen geschiedenen Ehefrau

auf ausdrückliche gesetzliche Bestimmung (A.L.R. II. 1. §§. 738 bis 810). Indessen nicht jedem, welcher einen gesetzlichen Verpflegungsanspruch gegen den Lohnvergütungsberechtigten hat, steht die Berechtigung zu, die Lohnforderung des Vergütungsberechtigten ohne Rücksicht darauf, ob der Lohn von jenem bereits eingefordert war oder nicht, mit Beschlag zu belegen; vielmehr ist dieses Recht nur denjenigen gegeben, welche als Familienglieder des Vergütungsberechtigten einen gesetzlichen Alimentationsanspruch haben. Es ist dies in der Nr. 3 des §. 4 des Ges. v. 21. Juni 1869 ausdrücklich ausgesprochen. Eine Ausdehnung dieses Rechtes auf andere Personen, welche gesetzlich vom Vergütungsberechtigten Alimente zu fordern haben, ist nach dem Wortlaute der Nr. 3 des §. 4 und nach der Entstehungsgeschichte des Gesetzes unzulässig. Der Entwurf zu dem Gesetze, wie er dem Reichstage vorgelegt wurde, wollte den Familiengliedern des Schuldners ein Recht auf Beschlagnahme überhaupt nicht bewilligen; er bestimmte im §. 1:

„Arbeitslöhne unterliegen der Beschlagnahme, ohne Unterschied, ob verdient oder nicht, nur insoweit, als der Lohn nicht zum notwendigen Unterhalte des Schuldners und der von diesem nach gesetzlicher Vorschrift zu alimentierenden Familienglieder erforderlich ist."

In weiterem Umfange sollte der Lohn nur wegen Steuern (der jetzigen Nr. 2 des §. 4 entsprechend) beschlagnahmt werden dürfen. Erst bei der Beratung des Entwurfes im Reichstage wurde geltend gemacht, daß es doch den Familiengliedern des Schuldners gestattet werden müsse, den Schuldner zur Erfüllung seiner „wichtigsten und heiligsten Pflichten" zu zwingen. Ein der jetzigen Nr. 3 entsprechendes Amendement wurde angenommen, aber ein weiteres Amendement, gleiches Recht auch anderen gesetzlichen Alimentationsberechtigten, nämlich den unehelichen Kindern, zu gewähren, fand Widerspruch und wurde verworfen, wobei von verschiedenen Seiten hervorgehoben wurde, daß weitere Ausnahmen von der Regel, daß Löhne nicht mit Beschlag belegt werden dürfen, unzulässig erschienen (Drucksachen des Reichstages 1869 II S. 913. 982; Stenogr. Berichte d. Reichstages 1869 III S. 588).

Darin aber, daß die Ehefrau durch die richterliche Trennung der Ehe aus der Familie ihres bisherigen Ehemannes scheidet, ist dem Vorderrichter in Beachtung des §. 732 A.L.R. II. 1 beizutreten."

## 9. Anfechtung einer Dispache.
## H.G.B. Art. 731.

I. Civilsenat. Urt. v. 30. Oktober 1880 i. S. der Hanseat. Dampfschiffahrtsgesellschaft (Kl.) w. N. & C. (Bekl.) Rep. I. 827/80.

I. Landgericht Lübeck.
II. Oberlandesgericht Hamburg.

Aus den Gründen:

„Was zunächst die Zulässigkeit der Anfechtung einer Havarie-Grosse-Dispache überhaupt betrifft, so bedarf es keiner näheren Ausführung, daß dieselbe, ungeachtet der im Art. 731 H.G.B. vorgeschriebenen obrigkeitlichen oder gerichtlichen Bestellung des Dispacheurs, nicht dem mindesten Zweifel unterliegen kann, wie es auch nach den vor Emanation des Handelsgesetzbuches geltenden seerechtlichen Grundsätzen unstreitig war, daß derjenige Beteiligte, welcher wegen der vom Dispacheur befolgten Rechtsgrundsätze oder wegen faktischer Unrichtigkeiten Erinnerungen gegen die Dispache machen zu können glaubte, dieserhalb die richterliche Entscheidung anrufen dürfe.[1] ... Da die im vorliegenden Falle gegen die Dispache erhobenen Monituren schon durch die falschen thatsächlichen, bezw. rechtlichen Prämissen, auf denen liquider Maßen die entsprechenden Posten der Dispache beruhen, als justifiziert erscheinen, so haben die vorigen Richter auch mit Recht angenommen, daß es zur Widerlegung der Dispache nicht erst eines von den Beklagten zu erbringenden Gegenbeweises gegen die Dispache bedurft habe."

---

## 10. Geht das Privileg, welches einem in das Kontokorrent aufgenommenen Posten anklebt, bis zum Betrage des letzteren auf den Hauptsaldo über?

[1] Vgl. Bruhn, Entscheidungen des O.A.G.'s Lübeck in Lübecker Rechtssachen Bd. II. S. 98 u. 99. Beratungungsprotokolle zum H.G.B. S. 2758 bis 2763 und H.G.B. Artt. 839 u. 841. — Von der den Landesgesetzen im Art. 731 Abs. 3 H.G.B. vorbehaltenen Befugnis hat Lübeck keinen Gebrauch gemacht. D. E.

II. Civilsenat. Urt. v. 16. November 1880 in S. Kl. als Syndik des Falliments Sch. (Bekl.) w. den Barmer Bankverein (Kl.). Rep. II. 148/80.[1]

I. Handelsgericht Köln.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Der genannte Bankverein hat im August und November 1876 zu Gunsten des Kaufmannes Sch. drei von demselben an das Hauptsteueramt zu K. für Zollgefälle ausgestellte nicht an Ordre lautende Sichtwechsel zur Gesamtsumme von 35 000 M. avaliert und Ende Juni 1877 deren Betrag bezahlt. Nachdem Sch. kurz nachher seine Zahlungen eingestellt hatte, meldete der Bankverein auf Grund zweier vorgelegter Kontokorrente eine Forderung von 35 586 M. an, für welche derselbe auch admittiert wurde. Dagegen weigerte sich der Syndik, das von diesem Gläubiger nachträglich für die an die Steuerbehörde gezahlte Summe von 35 000 M. geltend gemachte Privileg anzuerkennen, und es erhob deshalb letzterer gegen den Syndik Klage auf Zusprechung desselben. Das Reichsgericht hat, unter Kassierung der zweitinstanzlichen Entscheidung, dieses Begehren für unbegründet erklärt aus folgenden

Gründen:

„In Erw., daß das angegriffene Urteil ausführt, daß der Schlußsaldo eines Kontokorrents, obwohl derselbe darüber entscheide, wer von beiden Kontrahenten Schuldner des anderen sei, doch nur äußerlich das rechnungsmäßige Ergebnis der Soll- und Habenposten bilde und diese einzelnen Posten nicht noviere oder gar konsumiere, daher die bloße Aufnahme eines Postens in das Kontokorrent dessen Individualität nicht aufhebe,

daß mithin angenommen werden müsse, daß die für die fraglichen Avalwechsel vom Kassationsverklagten gezahlte Summe von 35 000 M. nicht getilgt, vielmehr in dem Saldo von 38 586 M. enthalten sei, das derselben anhaftende Privileg daher auch noch fortbestehe;

In Erw. zu dieser Ausführung, daß zunächst thatsächlich unbestritten ist, daß der Kassationsverklagte nicht den fraglichen, mit einem Privileg versehenen Posten, sondern lediglich den vorgenannten Konto-

[1] Aus demselben Urteil ist ein anderer Teil unten in der Abteilung Rheinisches Recht abgedruckt. D. R.

korrentsaldo im Fallimentsverfahren angemeldet hat, letzterem aber irgend ein Vorzugsrecht nicht zur Seite steht;

daß es sodann auch rechtsirrtümlich erscheint, wenn der Appellationsrichter davon ausgeht, daß in dem angegebenen Saldo der fragliche Posten enthalten sei;

daß nämlich, wie in Doktrin und Rechtsprechung anerkannt ist, das Wesen des Kontokorrentverhältnisses darin besteht, daß dem Willen der Kontrahenten gemäß die Leistungen derselben zum Zwecke gegenseitiger Belastung innerhalb von Rechnungsperioden ein Ganzes bilden und hierbei die einzelnen Posten, die nicht als selbständige Ansprüche bez. Gegenansprüche, sondern lediglich als Rechnungsposten in Betracht kommen, in dem aus der Vergleichung des Kredit und Debet sich ergebenden Saldo aufgehen sollen;

daß sodann die rechtlichen Wirkungen des Kontokorrents sich an die Anerkennung des Saldo knüpfen, welche zur Folge hat, daß die auf dem Fundamente derselben beruhende Saldoforderung an die Stelle der als ausgeglichen anzusehenden Posten der Rechnung tritt;

daß hiernach nicht mit dem Appellationsrichter anzunehmen ist, daß in dem mehrgenannten Saldo der fragliche Posten in seiner Individualität fortbestehe, derselbe daher auch das Privileg, welches dem letzteren anklebte, der angemeldeten Saldoforderung mit Unrecht zugesprochen hat;

daß dem Vorstehenden zufolge die Frage, ob der Kassationsbeklagte jenen Posten aus der laufenden Rechnung habe trennen und im Fallimentsverfahren unter Inanspruchnahme des Vorzugsrechts anmelden können, dahingestellt bleiben kann, und es ebenso einer Erörterung der ferneren Frage nicht bedarf, ob derselbe in diesem Falle nicht durch die späteren Kreditposten als getilgt zu erachten." . . .

---

## 11. Ursachlicher Zusammenhang des Unfalles mit dem Eisenbahnbetriebe.

II. Civilsenat. Urt. v. 21. Dezember 1880. i. S. N. (Kl.) w. Magdeburg-Halberst. Eisenb. (Bekl.) Rep. II. 346/80.

I. Landgericht Magdeburg.
II. Oberlandesgericht Naumburg.

Ein mit 200 Ctr. Kohlen beladener Wagen wurde, weil die Achsen während der Fahrt erhitzt worden waren, außer Zug gesetzt und auf den Schienen stehend durch N. in die Höhe gehoben. Hierbei stürzte der Wagen, welcher nach Unterlegung anderer Achsen weiter befördert werden sollte, um und erschlug den N.

Das die Klage der Witwe desselben abweisende Urteil zweiter Instanz wurde aufgehoben aus folgenden

Gründen:

„Die Arbeit, bei welcher N. getötet wurde, erscheint nicht als Vorbereitung zum Betriebe der Eisenbahn, sondern als Fortsetzung des in Ausführung gewesenen Betriebes, wobei gleichgültig ist, ob die neuen Achsen unmittelbar nach Vollendung der Arbeit unterlegt werden sollten, was die Beklagte bestritten hat, ohne übrigens eine Angabe über die Zeit, wann dies geschehen sollte, zu machen. Der Betrieb wird nämlich nicht beendigt oder unterbrochen, wenn zum Zweck der Fortsetzung desselben ein sich ergebendes Hindernis beseitigt wird; was behufs dieser Beseitigung geschieht, erscheint vielmehr als Fortsetzung des Betriebes."

---

## 12. Darlegung des Zusammenhanges des Unfalles mit dem Betriebe der Eisenbahn.

II. Civilsenat. Urt. v. 28. Dezember 1880 i. S. F. (Kl.) w. Hannover-Altenb. Eisenbahn (Bekl.). Rep. II. 316/80.

I. Stadt- und Kreisgericht Magdeburg.
II. Oberlandesgericht Naumburg.

Der Kläger hatte aus einem auf dem Bahngeleise stehenden Wagen Schienen abzuladen. Hierbei fiel ihm eine Schiene auf das linke Bein und zerbrach dieses. Zu Begründung der auf §. 1 des Haftpflichtgesetzes gestützten Klage wurde vorgebracht, das Abladen der Schienen habe wegen Herannahens eines Zuges mit besonderer Eile vorgenommen werden müssen.

Das die Klage abweisende Urteil zweiter Instanz wurde vernichtet aus folgenden

Gründen:

„Der vorige Richter hat zwar nicht verkannt, daß §. 1 des Haftpflichtgesetzes Anwendung finde, wenn ein Unfall auch nur mittelbar auf die dem Eisenbahnbetriebe eigentümliche Gefährlichkeit zurückzuführen sei; er hat aber gleichwohl jene unter Beweis gestellte Behauptung des Klägers für unerheblich erklärt und das Vorhandensein eines Zusammenhangs zwischen dem Unfall und dem Eisenbahnbetriebe verneint, weil, wenn auch die Arbeit wegen Herannahens eines Zugs mit großer Eile habe geschehen müssen, doch aus der Darstellung des Klägers nicht zu schließen sei, daß der Unfall sich nicht zugetragen haben würde, wenn das Abladen der Schienen ohne Eile geschehen wäre. Diese Entscheidung beruht auf einer unrichtigen Auffassung des §. 1. War nämlich wegen Herannahens eines Zugs besondere Eile geboten, so ist der Unfall als im Betriebe der Eisenbahn im Sinne des §. 1 geschehen anzusehen; ein Zusammenhang mit der dem Eisenbahnbetriebe eigentümlichen Gefahr stellt sich als möglich dar und der §. 1 findet Anwendung, ohne daß der Kläger noch darzuthun hat, es hätte sich der Unfall nicht zugetragen, wenn das Abladen der Schienen ohne Eile geschehen wäre."

---

## 13. Kann der auf Grund des Haftpflichtgesetzes zum Schadensersatz und zur Sicherheitsbestellung Verurteilte vom Unfallsversicherer auch die Übernahme der Sicherheitsbestellung verlangen?

I. Civilsenat. Urt. v. 22. Januar 1880 in S. Sch. (Kl.) w. die Unfallversicherungsges. Pr. (Bekl.) Rep. I. 870/80.

I. Landgericht I Berlin.
II. Kammergericht daselbst.

Laut Police hatte die beklagte Versicherungsgesellschaft dem Kläger für die Zeit vom 1. Januar 1874 bis dahin 1875 „denjenigen Schadensersatz versichert, welchen das deutsche Reichsgesetz vom 7. Juni 1871 ... den Versicherungsnehmer eines jeden der in seinen Kalksteinbrüchen ... beschäftigten 180 Personen zu leisten verbindet." Diese Versicherung wurde für das Jahr 1875 verlängert.

Am 2. Februar 1875 verunglückte der Steinbrecher K. auf den klägerischen Werken und wurde dadurch arbeitsunfähig. Durch rechts-

kräftiges Erkenntnis des Oberlandesgerichts zu Köln wurde der Kläger verurteilt, dem K. eine jährliche Rente von 720 M., monatlich 60 M. im voraus, zu zahlen und in Höhe der auf 14400 M. kapitalisierten Rente vollständige Sicherheit zu bestellen, nach fruchtlosem Ablauf eines Monats aber eine Kapitalsumme von solcher Höhe, daß aus den Zinsen derselben die zugesprochene Rente entrichtet werden könne, an einen vom Kläger zu honorierenden, vom Gericht ernannten Sequester zu zahlen, welcher dieses Kapital nach dem Tode des K. an den Kläger zurückzahlen sollte.

Die Beklagte übernahm die Verpflichtung, dem Kläger die Rente zu ersetzen, bestritt aber ihre Verpflichtung zur Bestellung der Sicherheit. In der vorliegenden Klage verlangt der Kläger die Verurteilung der Beklagten zur Bestellung dieser Sicherheit.

Der erste Richter hat dem Klagantrage gemäß erkannt. Auf Berufung der Beklagten hat der zweite Richter dieses Urteil aufgehoben und den Kläger mit seiner Klage abgewiesen. Auf Revision des Klägers hat das Reichsgericht das zweite Urteil aufgehoben, das erste wiederhergestellt und die Berufung gegen das erste Urteil zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

„Der Berufungsrichter kommt durch Interpretation des Reichshaftpflichtgesetzes zu dem Ergebnis, daß nur die Rente, welche der Betriebsunternehmer dem beim Betriebe Verunglückten zu zahlen hat, den nach diesem Gesetz zu leistenden Schadensersatz bilde, daß die für diese Leistung zu bestellende Sicherheit kein Bestandteil des Schadensersatzes, sondern nur Gegenstand einer Nebenverpflichtung sei, welche ihren Grund in den Vermögensverhältnissen des Schadensersatzpflichtigen habe. Der Revisionskläger greift diese Auslegung als rechtsirrtümlich an.

Erwägt man, daß nach §. 7 Abs. 1 des Haftpflichtgesetzes der Richter nicht nur über die Art der Sicherstellung, sondern auch über die Voraussetzungen des Anspruches auf Sicherheitsleistung unter Würdigung aller Umstände nach freiem Ermessen zu erkennen hat, und daß nach dem letzten Absatz des §. 7 nur für die nachträgliche Erhöhung einer Sicherheit die Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Verpflichteten ausschließlich in Frage kommt, mithin für die ursprünglich zuerkannte Sicherheit die sonstigen Bestimmungen über die Voraussetzungen der Sicherstellnng aufgehoben sind, so erscheint allerdings die Frage zulässig, ob nicht hierdurch die auf Grund des Haftpflichtgesetzes

zuerkannte Sicherheitsleistung eine besondere rechtliche Natur gewonnen habe und als ein Teil des dem Verunglückten zu gewährenden Schadensersatzes zu betrachten sei.

Allein es bedarf im vorliegenden Falle einer Entscheidung dieser Frage nicht, weil der Berufungsrichter im übrigen gegen wesentliche Interpretationsregeln verstoßen hat und die Revision darum begründet erscheint.

Im angefochtenen Urteil wird der Inhalt und Umfang des von den Parteien eingegangenen Versicherungsvertrages lediglich aus dem Wortlaut der Police entnommen und diese Interpretation nur auf dasjenige gestützt, was sich dem Berufungsrichter zufolge der angestellten Interpretation des Haftpflichtgesetzes im Verhältnis zwischen dem aus diesem Gesetz Berechtigten und Verpflichteten als Begriff des Schadensersatzes ergeben hatte. Dagegen fehlt es einmal an jeder Untersuchung darüber, ob dieser Wortlaut dem wirklichen Vertragswillen der Parteien entspricht; und doch ist eine solche Untersuchung insbesondere bei Verträgen, welche, wie der Versicherungsvertrag, in eminentem Sinn auf der bona fides beruhen, durchaus notwendig; ferner wird aber auch nicht einmal der gesamte Inhalt der Police in Betracht gezogen. Ignoriert wird die in der Police enthaltene allgemeine Bezugnahme auf den Geschäftsplan der Beklagten („nach Maßgabe ihres Plans") und die Anführung mehrerer Einzelbestimmungen des Plans in der Police. Allerdings wird in den Entscheidungsgründen der Geschäftsplan und insbesondere dessen §. 3 Nr. 2 b berücksichtigt, allein diese Bestimmung wird nur für sich geprüft und deduziert, aus derselben lasse sich die Entscheidung nicht entnehmen; es bliebe daher nur die Police übrig. Nicht aber wird die Frage aufgeworfen, ob nicht aus den Bestimmungen des Plans sich ergebe, daß ein auf Grund desselben abgeschlossener Versicherungsvertrag etwa einen anderen Charakter habe, als die Worte der Police annehmen lassen, und ob also nicht gerade die Bezugnahme der Police auf denselben von besonderer Bedeutung sei.

Ist nun aber hiernach die Revision als begründet zu erachten, so kann weiter aus dem vom Berufungsrichter festgestellten Sachverhältnis der Rechtsstreit selbst entschieden werden.

Die Police enthält in ihrem ersten Satz folgende Erklärung des Versicherers:

„Die Gesellschaft Pr. versichert dem ... Sch. .... denjenigen Schadensersatz, welchen das ..... Haftpflichtgesetz ..... den Versicherungsnehmer einer jeden der in seinen Kalksteinbrüchen ..... beschäftigten ..... 180 Personen zu leisten verbindet."

Beschränkt man sich, von allem anderen absehend, hierauf, so ergiebt sich aus den angeführten Worten die Verpflichtung des Versicherers, dem Versicherungsnehmer denjenigen Schadensersatz zu erstatten, welchen dieser dem Verunglückten auf Grund des Haftpflichtgesetzes zu zahlen *schuldig* ist. Daraus folgt: Entsteht zwischen Versicherer und Versicherungsnehmer eine Differenz darüber, ob die Voraussetzungen vorliegen, unter welchen der Versicherungsnehmer einem Verunglückten Schadensersatz zu leisten hat, und über die Höhe dieses Schadensersatzes, so ist hierüber in dem *zwischen dem Versicherer und dem Versicherungsnehmer* geführten Rechtsstreit zu entscheiden. Ob der Versicherungsnehmer mit dem Verunglückten einen Prozeß geführt, ob er in demselben zum Schadensersatz verurteilt war, wie hoch dieser Schadensersatz festgestellt ist, kommt als eine res inter alios acta nicht in Betracht. Aus dem Begriff der Versicherung folgt nur, daß der Versicherungsnehmer dem Verunglückten die Entschädigung, deren Ersatz er vom Versicherer verlangt, thatsächlich gewährt haben muß, da sonst sein Interesse nicht begründet ist.

Der Versicherungsnehmer kann sonach dann, wenn der im Prozeß zwischen ihm und dem Versicherer erkennende Richter der Ansicht ist, es liege kein Haftpflichtfall vor, nichts zugesprochen erhalten, wenngleich er auf die vom Verunglückten gegen ihn erhobene Klage verurteilt worden war.

Ebenso wird dem Versicherungsnehmer, wenn zwar auch in jenem Prozeß die Voraussetzung der Haftpflicht anerkannt, aber nur eine geringere Entschädigung für angemessen angenommen worden war, nur diese geringere Entschädigung, nicht aber die von ihm dem Verunglückten gezahlte höhere zugesprochen. Der Versicherungsnehmer hat also die Gefahr beider Prozesse, genauer die Gefahr des *ungünstigen* Ausganges derselben, zu tragen.

Es bedarf keiner Ausführung, daß die Eingehung eines derartigen Rechtsverhältnisses, *wenn auch rechtlich möglich*, doch vom wirtschaftlichen Standpunkt aus *unvernünftig* erscheinen muß. In der That kommen nun auch derartige Verträge im Leben nicht vor. Ab-

geschlossen werden regelmäßig Versicherungsverträge mit einem anderen Inhalt.

Der Nachteil, gegen welchen der Unternehmer eines Betriebes Deckung sucht, ist nicht der, daß auf Grund des Haftpflichtgesetzes eine Forderung gegen ihn entsteht, sondern daß er auf Grund des Haftpflichtgesetzes verurteilt wird. Diesem Bedürfnis kommt der Versicherer entgegen. Er verpflichtet sich in der Regel, das Urteil, welches zwischen dem Versicherungsnehmer und dem Verunglückten ergehen werde, als sich gegenüber maßgebend anzuerkennen; maßgebend nicht nur, was die Höhe der Entschädigung betrifft, sondern maßgebend vor allem betreffs des Bestehens der Voraussetzung eines Haftpflichtfalles. Dadurch wird nun aber auch das Objekt der Versicherung rechtlich ein völlig anderes. Nicht die Gefahr des Eintrittes eines Haftpflichtfalles, sondern die Gefahr der Verurteilung auf Grund des Haftpflichtgesetzes bildet den Gegenstand der Versicherung.

Diesen Inhalt, nicht den aus den oben angeführten Worten sich ergebenden, hat nun aber auch in der That der vorliegende Versicherungsvertrag, wie sich aus dem Geschäftsplane des Beklagten ergiebt.

In §. 3 des Planes heißt es unter der Rubrik: Ersatzleistung:

„die Feststellung darüber, welche Entschädigung für den Unfall zu leisten ist, erfolgt:

b) wenn eine Vereinbarung, (welche nach lit. a „zunächst zu versuchen ist") nicht möglich war, durch das im Prozeß zwischen dem Versicherungsnehmer und dem Verletzten... ergangene rechtskräftige Erkenntnis."

Dem Wortlaute nach scheint es sich zwar nur um die Art zu handeln, wie der Umfang der Entschädigung festgestellt werde, allein in der That hat die Bestimmung eine andere rechtliche Bedeutung.

Das fragliche Urteil stellt als solches das Rechtsverhältnis zwischen dem Verunglückten und dem Versicherungsnehmer fest. Wenn nun der Versicherungsvertrag bestimmt, die Feststellung der Ersatzleistung erfolge dem Versicherer gegenüber durch dieses Urteil, so ist damit ausgesprochen: einen erzwingbaren Anspruch hat der Versicherungsnehmer nur unter der Voraussetzung, daß er dem Verunglückten gegenüber verurteilt ist, und in Höhe dieses Urteils. Damit aber ist der Inhalt des Vertrages selbst dahin präcisiert, daß der Versicherer dem Versicherungs-

nehmer dasjenige zu zahlen verspricht, zu was dieser auf Grund des Haftpflichtgesetzes verurteilt wird.

In ähnlicher Weise übernimmt bei Seeversicherungen der Versicherer nicht die Verpflichtung zum Ersatz derjenigen Beiträge, welche der Versicherte zur großen Havarie zu leisten durch das Gesetz verbunden ist, sondern er hat diejenigen Beiträge zu ersetzen, welche in der ordnungsmäßig aufgemachten Dispache festgestellt sind. Artt. 839. 841 Abs. 1 H.G.B. Der Gegensatz tritt durch die Bestimmung des Art. 841 Abs. 3 H.G.B. prägnant hervor.

Mit dieser Auffassung der Verpflichtung des Versicherers harmoniert es auch vollständig, daß nach dem Plane

„im Klagefalle der Versicherungsnehmer verpflichtet ist, die gegen ihn anhängig gemachte Klage... binnen drei Tagen der Direktion der Gesellschaft zuzustellen und derselben zur Vertretung im Prozeß die Wahl und Instruktion des Anwaltes zu überlassen, auch jede von ihm verlangte Auskunft zu erteilen ꝛc."

Dem Versicherer wird hierdurch die Möglichkeit gegeben, sich im einzelnen Falle nach Möglichkeit zu sichern gegen den Eintritt desjenigen Ereignisses, durch welches der zu ersetzende Schade entsteht, d. i. gegen die Verurteilung des Versicherungsnehmers auf Grund des Haftpflichtgesetzes.

Bildet nun aber die Leistung, zu welcher der Versicherungsnehmer dem Verunglückten gegenüber verurteilt ist, den Gegenstand, welchen der Versicherte dem Versicherungsnehmer zu leisten hat, so kann, wenn die Verurteilung auf Zahlung und Sicherstellung erfolgt ist, nicht zwischen diesen beiden Leistungen unterschieden werden, denn zu beiden Leistungen ist der Versicherungsnehmer wegen des Unfalles auf Grund des Haftpflichtgesetzes verurteilt worden. Soll für die Sicherheitsleistung nicht eingestanden werden, so ist dies in unzweifelhafter Weise auszusprechen. Ein solcher unzweifelhafter Ausdruck kann darin, daß im ersten Satze der Police und im §. 1 des Planes unter A. derjenige „Schadensersatz", welchen der Versicherungsnehmer dem Verunglückten zu leisten verbunden ist, als versichert bezeichnet wird, um so weniger erkannt werden, als, wie ausgeführt, dieser Satz selbst durch die weitere Bestimmung des Planes eine andere Bedeutung, als welche nach den Worten ihm zuzukommen scheint, erhält, und als die Police nicht nur

im allgemeinen auf den Plan, sondern auch speciell auf diese anderen Bestimmungen Bezug nimmt.

Der Beklagte sucht auszuführen, es fehle an Anhaltspunkten für die Berechnung des durch die Übernahme der Sicherheitsleistung möglicherweise entstehenden Schadens, diese Gefahr könne daher bei Berechnung der Prämienhöhe nicht berücksichtigt werden; daraus aber ergebe sich, daß der Versicherer die Absicht, diese Gefahr zu übernehmen, nicht haben könne. Allein diese Ausführungen sind, da sie lediglich ein inneres Moment betreffen, über welches keinerlei Erklärung gegeben wurde, bedeutungslos. Wollte man ihnen etwa darum Bedeutung beilegen, weil das angeführte Motiv dem Kundigen erkennbar sei, so würde dem gegenüber zu betonen sein, daß der Versicherungsnehmer durch Eingehung der Versicherung sich gegen alle Nachteile, welche ihm durch das Haftpflichtgesetz entstehen können, zu sichern beabsichtigt, und daß dieses Motiv dem Versicherer klar entgegentritt."

---

## 14. Inwieweit ist die Vorschrift in §. 77 Abs. 1 des Reichsgesetzes vom 6. Februar 1875 bei Ehestreitigkeiten von Ausländern anzuwenden?

§§. 568. 592 C.P.O. §. 13 des sächs. bürg. G.B. §. 3 des sächs. Ges. vom 4. März 1879.

II. Civilsenat. Urt. v. 4. Januar 1881 i. S. verehel. M. (Kl.) w. M. (Bekl.) Rep. II. 352/80.

I. Landgericht Dresden.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Ein zu Dresden wohnhafter Österreicher katholischen Glaubens verheiratete sich im Jahre 1876 mit einer Deutschen, welche der evangelischen Kirche angehörte. Die Ehefrau klagte bei dem Landgerichte Dresden auf Auflösung des Bandes der Ehe, weil der Ehemann sie im Jahre 1879 auf eine ihr Leben gefährdende Weise gemißhandelt habe. Von der ersten Instanz wurde die Klage abgewiesen. Die zweite Instanz erkannte auf lebenslängliche Trennung der Parteien von Tisch und Bett. Beide Instanzen achteten die Mißhandlung für bewiesen, nahmen

auch übereinstimmend an, zufolge landesgesetzlicher Vorschriften[1] sei das Scheidungsgesuch der Ehefrau nach österreichischem Rechte zu beurteilen, gemäß welchem wegen der Religion des Ehemannes lediglich auf lebenslängliche Trennung der Parteien von Tisch und Bett erkannt werden könne. Die erste Instanz hielt demungeachtet die Vorschrift in §. 77 Abs. 1 des Reichsgesetzes vom 6. Februar 1875 an sich für anwendbar und deren Anwendung nur durch §. 3 der sächs. Gesetzes vom 4. März 1879[2] für ausgeschlossen, da der Nachweis fehle, daß eine Scheidung der Ehegatten vom Bande in Österreich als wirksam anerkannt werden würde. Dagegen war die zweite Instanz der Ansicht, der angeführte §. 77 nötige die deutschen Gerichte nicht, auch in Ehestreitigkeiten von Ausländern die Scheidung vom Bande schlechthin, selbst gegen solche Ausländer zu verfügen, deren Heimatstaat das Scheidungsurteil nicht anerkenne. Auf Revision der Klägerin wurde vom Reichsgerichte die Auflösung des Bandes der zwischen den Parteien bestehenden Ehe ausgesprochen aus folgenden

Gründen:

„Die Thatsache, daß der Beklagte die Klägerin auf eine ihr Leben gefährdende Weise mißhandelt hat, ist gerichtlich festgestellt, mithin maßgebend für die Entscheidung über das vorliegende Rechtsmittel. Ebenso maßgebend sind die Aussprüche des Berufungsgerichtes, das Scheidungsgesuch der Klägerin beurteile sich wegen der Staatsangehörigkeit des Ehemannes nach österreichischen Gesetzen und auf Grund der angegebenen Thatsache verstatteten letztere, da der Ehemann dem katholischen Glauben

[1] §. 13 des sächs. bürg. G.B. bestimmt: „Eingehung und Auflösung der Ehe werden nach den Gesetzen des Staates beurteilt, dessen Unterthan der Ehemann ist." — §. 10 des (aus Anlaß des Reichsgesetzes vom 6. Febr. 1875 erlassenen) sächs. Gesetzes vom 5. November 1875 lautet: „Die bei Eheschließungen zu beobachtende Form wird nach den Gesetzen des Ortes beurteilt, an welchem die Eheschließung vorgenommen wird. In betreff der sonstigen Voraussetzungen einer gültigen Ehe und in betreff der Auflösung der Ehe bewendet es bei der Bestimmung in §. 13 des bürgerlichen Gesetzbuchs." D. E.

[2] Dieser §. 3 bestimmt: „Die Ungültigkeit, sowie die Trennung einer Ehe kann, wenn der Ehemann weder im Königreiche Sachsen, noch in einem anderen deutschen Bundesstaate die Staatsangehörigkeit besitzt, nur dann ausgesprochen werden, wenn nach den Gesetzen desjenigen Staates, welchem der Ehemann angehört, das Urteil in diesem Staate als wirksam anerkannt wird." D. E.

zugethan sei, lediglich eine beständige Trennung der Ehegatten von Tisch und Bett. Denn diese Aussprüche beruhen, soweit es sich dabei nicht um thatsächliche Feststellungen handelt, auf der Anwendung von Gesetzen, deren Geltungsbereich über den Bezirk des Berufungsgerichtes nicht hinausreicht, sowie auf der Anwendung ausländischen Rechts. Eine unrichtige Anwendung derartiger Rechtsnormen würde der Revision nicht unterliegen. Hierorts zu prüfen war daher nur die Ansicht der Vorinstanzen, daß gegenwärtigen Falles die Anwendung des ersten Absatzes in §. 77 des Reichsgesetzes vom 6. Februar 1875 ausgeschlossen sei. Dem konnte nicht beigetreten werden.

1. Die angeführte Gesetzesstelle weist die Gerichte an, fortan die Auflösung des Bandes der Ehe auszusprechen, wenn nach dem bisherigen Rechte auf beständige Trennung der Ehegatten von Tisch und Bett zu erkennen sein würde. Damit ist für das ganze Deutsche Reich die lebenslängliche Trennung von Tisch und Bett abgeschafft mit der Maßgabe, daß an deren Stelle, sofern nur ein deutsches Gericht zuständig ist, überall eine Auflösung des Ehebandes zu treten hat; gleichviel ob die streitenden Ehegatten Deutsche oder Ausländer sind. So das Gesetz auszulegen, erfordert

a) der Wortsinn. Die Vorschrift lautet ganz allgemein: sie unterscheidet nicht zwischen Deutschen und Ausländern. Allerdings läßt sich der Ausdruck „bisheriges Recht" nur auf das inländische Recht beziehen. Darunter sind jedoch nicht bloß die für Inländer gegebenen eherechtlichen Bestimmungen begriffen, sondern auch Satzungen, welche, dem sogenannten internationalen Privatrechte angehörig, die von deutschen Gerichten abzuurteilenden ehelichen Verhältnisse von Ausländern betreffen. Ein Inlandsgesetz, welches den Richter verpflichtet, die zwischen Ausländern anhängigen Ehestreitigkeiten nach dem im Heimatsstaat des Ehemannes geltenden Rechte zu entscheiden und demzufolge immerwährende Trennung der Eheleute von Tisch und Bett anzuordnen, ist nicht minder „bisheriges Recht", wie ein Inlandsgesetz, in dessen Befolgung zwischen Inländern die nämliche Anordnung zu treffen war. Beiderlei Gesetze sind durch §. 77 Abs. 1 des Personenstandesgesetzes abgeändert. Gesetze der ersteren Gattung sind es *insoweit*, als sie neben dem Reichsgesetze nicht fortbestehen können. Diese internationalrechtlichen Bestimmungen behalten ihre Kraft, soweit sie die Statthaftigkeit der Eheauflösung von dem ausländischen Rechte abhängig machen.

Dasselbe entscheidet fernerhin noch darüber, ob die eheliche Verbindung der Parteien zu trennen sei. Umstände, denen die Wirkung der Scheidung im Heimatlande des Ehemannes abgesprochen, im Inlande beigelegt ist, führen nicht zur Scheidung. Umgekehrt hat der Richter auf Grund von Thatsachen, welche das Auslandsrecht als Scheidungsgründe gelten läßt, mit der Ehescheidung vorzugehen ohne Rücksicht darauf, wie das Inlandsrecht den gleichen Fall behandelt. Nur soll da Scheidung vom Bande erfolgen, wo das einschlagende Auslandsgesetz bloße Trennung von Tisch und Bett verstattet. In diesem Punkte, anlangend die Art und die Rechtsfolgen der Eheauflösung, ist das seitherige Recht geändert. Insoweit gilt also der §. 13 des sächsischen bürgerlichen Gesetzbuches nicht mehr, und durch §. 10 des sächsischen Gesetzes vom 5. November 1875 konnte etwas anderes nicht bestimmt werden. Die Reichsgesetzgebung beschränkt sich eben nicht auf das Verbot der beständigen Trennung von Tisch und Bett, sondern sie gebietet gleichzeitig, dann, wenn nach bisherigem Rechte eine solche Trennung zu verfügen war, an deren Statt die Scheidung vom Bande zu setzen. Hierdurch ist das materielle Eherecht insofern umgestaltet worden, als für alle bei deutschen Gerichten Recht suchenden Ehegatten der nämliche Vorgang, welcher ehedem die beständige Trennung von Tisch und Bett nach sich zog, vom Inkrafttreten des Reichsgesetzes ab eine Scheidung dem Bande nach bewirkt. Diese Auffassung entspricht ferner noch

b) der offenkundigen Absicht des Gesetzgebers. Alle älteren staatsgesetzlichen Vorschriften, welche katholischen Ehegatten gegenüber die Ehe für unauflöslich erklärten und nur die Trennung von Tisch und Bett auf Lebenszeit als Mittel zur Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft darboten, standen unter dem Einflusse kirchlicher Lehrsätze. Davon hat die weltliche Gesetzgebung befreit; das dem Dogma einer einzelnen Kirche entnommene Hindernis der Ehebandslösung hat entfernt werden sollen im Einklange damit, daß das bürgerliche Eheschließungsrecht gleichfalls ohne Berücksichtigung kirchlicher Lehren geregelt worden ist. Die Motive zu §. 76 des Entwurfs (Stenogr. Berichte über die Verhandl. des Reichstages 1874/75 Bd. 4 S. 1054) bezeichnen dies ausdrücklich als Zweck des Gesetzes. Ebenso ist bei der Beratung des Gesetzes im Reichstage wiederholt (Stenogr. Berichte Bd. 2 S. 1086. 1087. 1253) hierauf hingewiesen worden. Augenscheinlich würde aber der bemerkte Zweck nur unvollkommen erreicht sein, wenn die Vorschriften in §. 77

des Personenstandesgesetzes nicht auch in Ehestreitigkeiten zwischen Ausländern Anwendung finden sollten. Obwohl die Anwendbarkeit des Gesetzes auf Ausländerehen weder in den Motiven, noch bei den Reichstagsverhandlungen zur Sprache gekommen ist, gebricht es doch an einem durchschlagenden Grunde, derartige Streitverhältnisse dem §. 77 nicht zu unterstellen. Eine Vermutung für den gegenteiligen Willen des Gesetzgebers läßt sich aus den von der Vorinstanz angedeuteten Unzuträglichkeiten nicht herleiten. Daß der Ausländer, dessen Ehe ein deutsches Gericht, den Gesetzen seines Heimatlandes zuwider, dem Bande nach geschieden hat, Gefahr läuft, in seinem Staate als nicht geschieden behandelt, bei einer Wiederverheiratung vielleicht sogar strafrechtlich verfolgt zu werden, daß ferner das Inlandsgesetz dem Ausländer die Möglichkeit einer Umgehung der ihn verpflichtenden Gesetze des Heimatsstaates giebt, Alles das ist nicht zu verkennen. Nur folgt daraus nichts für die vorliegende Auslegungsfrage. Dergleichen Übelstände ergeben sich unvermeidlich aus der Verschiedenheit der Landesrechte. Sie zeigen sich besonders auf dem Gebiete des Eherechtes noch in anderen Beziehungen (vgl. Stölzel, Wiederverheiratung eines beständig von Tisch und Bett getrennten Ehegatten, Berlin 1876, S. 50 flg.; Motive zu §. 544 des Entwurfs der C.P.O. S. 540 Spalte 2 der Kortkampfschen Ausgabe). So wünschenswert es auch erscheinen mag, dem ehelichen Verhältnisse eine einheitliche, aller Orten gültige Feststellung zu sichern, so braucht doch der Gesetzgeber hierauf keine Rücksicht zu nehmen; und die Reichsgesetzgebung hat sich in der That von solchen Erwägungen nicht abhalten lassen, Bestimmungen zu treffen (§. 568 Abs. 2 C.P.O.), welche zu einer ungleichmäßigen Beurteilung desselben ähnlichen Verhältnisses in verschiedenen Ländern führen können. Immerhin erlangt der Ausländer durch das Scheidungsurteil des deutschen Gerichtes soviel, daß seine Ehe innerhalb der Grenzen des Deutschen Reichs als gelöst betrachtet wird; und das kann ihm nach Befinden genügen. Von besonderer Wichtigkeit für das Verständnis des mehrgedachten §. 77 sind endlich noch

c) einige Vorschriften der C.P.O. Was dieselbe über den Gerichtsstand bestimmt, gilt mit wenigen Ausnahmen sowohl für die Angehörigen des Deutschen Reichs, wie für Ausländer. Auch die Parteistellung begründet keinen Unterschied (Motive zu §. 12 des Entwurfs S. 409). Daß namentlich in Ehesachen Ausländer vor deutschen Gerichten Recht

suchen dürfen und Recht nehmen müssen, wird in §. 568 C.P.O. unzweideutig anerkannt. Der erste Absatz des §. 568 weist die Ehesachen vor das Landgericht, bei welchem der Ehemann seinen allgemeinen Gerichtsstand hat. Von der Staatsangehörigkeit ist dabei die Rechtsschutzgewährung nicht abhängig gemacht. Auch Ausländer können in Deutschland einen allgemeinen Gerichtsstand haben (§§. 13 und 18 C.P.O.; Motive zu §. 13 S. 410).

Der zweite Absatz des §. 568 hingegen eröffnet für einen besonderen Fall (wenn der Ehemann, nachdem er die Frau verlassen, im Auslande wohnt) den Klagen der Ehefrau einen Gerichtsstand bei dem Landgerichte des letzten ehemännlichen Wohnsitzes im Deutschen Reiche unter der Voraussetzung, daß der Ehemann zur Zeit, als er die Ehefrau verließ, ein Deutscher war. In diesem Einzelfalle soll also die Staatsangehörigkeit die Zulässigkeit der Klaganstellung vor deutschen Gerichten bestimmen; eine Ausnahme, die nur anderweit bestätigt, daß es bei den in Abs. 1 vorgesehenen Fällen auf die Staatsangehörigkeit der Parteien nicht ankommt. Nun sind aber nach Abs. 1 zu den vor deutschen Gerichten auszutragenden Ehesachen Rechtsstreitigkeiten zu rechnen, welche die Trennung einer Ehe zum Gegenstande haben; und nach §. 592 C.P.O. ist unter Ehescheidungsklage (Ehetrennung) nur begriffen die Klage auf Auflösung des Bandes der Ehe und die Klage auf zeitweilige Trennung von Tisch und Bett. Der Entwurf (§. 567) zählte dahin auch die Klage auf immerwährende Trennung von Tisch und Bett. Die einschlagenden Worte wurden jedoch von der Justizkommission des Reichstages gestrichen und zwar, wie das Protokoll vom 26. Mai 1875 (S. 300) besagt, „gemäß §. 77 des Reichscivilehegesetzes", welches inmittelst verkündet war. Hierdurch ist jeder Zweifel darüber gehoben, daß deutsche Gerichte Klagen auf immerwährende Trennung von Tisch und Bett überhaupt nicht zulassen dürfen, selbst gegen Ausländer nicht. Die C.P.O. kann daher insoweit als eine erneuerte Kundgebung des hierauf gerichteten gesetzgeberischen Willens betrachtet werden. Im Deutschen Reiche würde es jetzt gänzlich sowohl an einem Gerichtsstande, als an einem Verfahren für solche Klagen mangeln. So wenig, als einem ausdrücklichen Klageantrage auf beständige Trennung von Tisch und Bett stattzugeben wäre, kann ein Klageantrag auf Scheidung vom Bande, wie die vorige Instanz annimmt, stillschweigend den Antrag auf dauernde Trennung von Tisch und Bett als das Mindere in

sich schließen. Sollten Ausländer, deren Heimatsrecht gegebenen Falles die Scheidung vom Bande verweigert, nicht nach §. 77 beurteilt werden, so bliebe nichts übrig, als die Klage auf Scheidung zurückzuweisen. Das aber würde auf eine Versagung der Rechtshilfe hinauskommen, sachlich einer Klageabweisung wegen Unzuständigkeit des Gerichts gleichstehen, vorliegenden Falls die Klägerin, welche — wie das Berufungsgericht hervorhebt — mit einer Klage vor österreichischen Gerichten nicht gehört wird[1], völlig rechtlos machen und dem Grundsatze der C.P.O. zuwider sein, daß auch Ausländer vor deutschen Gerichten Rechtsschutz genießen sollen. In Festhaltung dieses Satzes muß mithin dem Ausländer, dafern nur sonst die Bedingungen vorhanden sind, unter denen die Gesetze seines Staates eine Aufhebung des ehelichen Zusammenlebens zulassen, in dem gleichen Umfange Rechtshilfe zu teil werden, wie dem Inländer.

2. Die Vorschrift in §. 3 des sächs. Ges. vom 4. März 1879 steht dem Antrage der Klägerin nicht entgegen. Ob sie prozessualer Natur ist oder einen Satz des materiellen Eherechts aufstellt, bedarf keiner näheren Untersuchung. In dem einen, wie in dem anderen Falle würde sie mit den Reichsgesetzen unverträglich sein, daher gemäß Art. 2 der Verfassung des Deutschen Reichs, verbunden mit dem Reichsges. vom 20. Dezember 1873, Geltung nicht in Anspruch nehmen können. Eine prozeßrechtliche Bestimmung enthielte der §. 3, wenn von dem darin geforderten Nachweise die Zuständigkeit der sächsischen Ehegerichte abhängig gemacht werden wollte. Das würde gegen die oben unter 1c erörterten Grundsätze der C.P.O. verstoßen. Eine materiellrechtliche Bestimmung läge vor, falls der Gesetzgeber beabsichtigt hätte, das Klagrecht für außerdeutsche Ehegatten an andere und schwerere Bedingungen zu knüpfen, wie das Klagrecht der Inländer. So die Meinung der Vorinstanzen, welche in dem §. 3 nur einen Folgesatz aus §. 13 des sächsischen bürgerlichen Gesetzbuchs erblicken. Allein gerade das zuletzt bemerkte Landesgesetz ist, wie oben zu 1a dargelegt wurde, durch §. 77 des Personenstandesgesetzes dergestalt abgeändert, daß nichtdeutsche Ehegatten, welche an sich gemäß §. 13 des bürgerlichen G.B.'s. nur beständig von Tisch und Bett zu trennen wären, dem Bande nach zu scheiden sind, ohne daß darauf gesehen wird, ob der Staat, dem sie

[1] Weil der Ehemann nicht in Österreich sich aufhält. D. E.

angehören, den Rechtsspruch der deutschen Gerichte für wirksam achtet oder nicht. Der §. 3 des sächsischen Gesetzes trägt mithin, indem danach die Trennung einer Ausländerehe lediglich für den ersteren Fall zugelassen werden soll, in eine der Gesetzgebung des Reichs unterliegende und von derselben bereits erfaßte Materie eine reichsgesetzlich nicht anerkannte Unterscheidung hinein und stört damit die von der Reichsgesetzgebung angestrebte Rechtseinheit. Nicht zu Recht beständig ist sonach mindestens dasjenige, was der §. 3 hinsichtlich der „Trennung einer Ehe" bestimmt. Ob das nämliche auch von den „die Ungültigkeit einer Ehe" angehenden Vorschriften des §. 5 zu sagen wäre, steht hier nicht in Frage." ....

---

**15. Normiert die Reichskonkursordnung die Zulässigkeit, die Voraussetzungen und die Weise des Überganges der in ihrem §. 54 bestimmten Vorrechte?**

**Welche Grundsätze sind seit dem 1. Oktober 1879 in Bezug auf die vorbezeichnete Materie in dem preußischen Geltungsgebiete des Allgemeinen Landrechts maßgebend?**

**Entsteht dem Bürgen, welcher eine gemäß §. 73 Nr. 1 der preuß. Konkursordnung bevorrechtete Forderung vor dem 1. Oktober 1879 bezahlt, mit letzterem Tage das Vorrecht aus §. 54 Nr. 2 der Reichskonkursordnung?**

I. Civilsenat. Urt. v. 24. November 1880 i. S. K. S. Konkursmasse (Bekl.) w. A. S. und E. St. (Kl.) Rep. I. 814/80.

I. Landgericht Stendal.
II. Oberlandesgericht Naumburg.

Dem Brennereibesitzer K. S. war von der zuständigen Königlich preußischen Steuerbehörde für die Brennperiode vom 1. Oktober 1878 bis zum 1. Oktober 1879 den gesetzlichen Bestimmungen entsprechend in Höhe von 3 600 Mark derartig (unter Bürgschaft des A. S. und E. St.) ein Branntweinsteuerkredit bewilligt, daß K. S. den für jeden Monat jener Brennperiode nach dem Betriebsplane berechneten Steuerbetrag bis zum zwanzigsten des darauf folgenden sechsten Monats an

die Steuerkasse zu zahlen hatte, widrigenfalls die Kreditbewilligung überhaupt sofort aufgehoben sein sollte.

K. S. bezahlte die am 20. September 1879 fällige Branntweinsteuer für den März 1879 mit 519 Mark 90 Pf. nicht, worauf die Bürgen (auf Erfordern der Steuerbehörde) diesen Betrag am 26. September 1879 zur Steuerkasse zahlten. Am 7. Oktober 1879 wurde über das Vermögen des K. S. der Konkurs eröffnet. Infolge dessen forderte die Steuerbehörde von den Bürgen die sofortige Zahlung der von dem K. S. für die Monate April bis August mit im ganzen 1418 Mark 70 Pf. geschuldeten Branntweinsteuer, und haben die Bürgen diesen Betrag am 11. Oktober 1879 an die Steuerkasse gezahlt. Die Bürgen meldeten darauf die erwähnten Branntweinsteuerforderungen im vollen Gesamtbetrage von 1 938 Mark 60 Pf. mit dem Vorrecht des §. 54 Nr. 2 der Reichskonkursordnung in dem Konkurse über das Vermögen des K. S. an.

Der Verwalter der Konkursmasse erkannte die angemeldete Forderung dem Betrage nach an, bestritt dagegen das prätendierte Vorrecht. Die Bürgen erhoben darauf Klage mit dem Antrage, den Widerspruch des Konkursverwalters für unbegründet zu erklären und die angemeldete Forderung mit dem in §. 54 Nr. 2 der Reichskonkursordnung bestimmten Vorrechte anzusetzen. In erster Instanz wurde die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht verurteilte die Konkursmasse nach dem Klageantrage. Die von der Beklagten eingelegte Revision wurde gegründet auf Verletzung der §§. 10. 54 Nr. 2 und 58 der Reichskonkursordnung, sowie des §. 338 A.L.R. I. 14 und des §. 46 A.L.R. I. 16. Die Revision ist aus folgenden Gründen zurückgewiesen worden:

„Zunächst ist den Revisionsbeklagten darin beizupflichten, daß der Versuch der Revisionsklägerin den (im Prüfungstermine von ihr anerkannten) Betrag der von den Revisionsbeklagten im Konkurse über das Vermögen des K. S. in Höhe von 1 938 Mark 60 Pf. angemeldeten Forderung in dem vorliegenden Prozesse (und zwar allerst in der Revisionsinstanz) zu bemängeln, nicht zulässig ist, und zwar deswegen nicht, weil der vorliegende Rechtsstreit nur das Vorrecht zum Gegenstande hat, und das (etwa überhaupt noch zulässige) Hereinziehen der Frage des Forderungsbetrages, um dadurch klar zu legen, daß ein Teil dieses Betrages zu Unrecht beansprucht, also jedenfalls ein Vorrecht

diesem Teile nicht zuzusprechen sei, bei der Existenz des obenerwähnten Anerkenntnisses doch nur durch Kondiktion des letzteren (unter Irrtumsklarlegung in den zum thatsächlichen Vorbringen bestimmten Vorinstanzen) hätte begründlagt werden dürfen. Da ein solcher Behelf vor ihm gar nicht erhoben war, hatte das Berufungsgericht gar keine Veranlassung, mit Bezug auf denselben zu prüfen, ob der §. 58 der Reichskonkursordnung in der hier fraglichen Richtung für die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreites von Einfluß sei.

Es kann daher dahin gestellt bleiben, ob nicht das Anerkenntnis des vollen angemeldeten Forderungsbetrages (der Sachlage nach) entschieden gerechtfertigt war, weil durch den Verzug in der Zahlung des am 20. September 1879 fälligen Betrages der Steuer für den Monat März desselben Jahres die Kreditbewilligung überhaupt resolviert war.

Es ist ferner dem Berufungsgericht darin Beifall zu schenken, daß der (den in Preußen geltenden Steuergesetzen und gesetzlicher Ermächtigung gemäß, von dem zuständigen Ministerium erlassenen Regulativen entsprechend) dem K. S. gewährte Steuerkredit der Anwendbarkeit des §. 54 Nr. 3 der Reichskonkursordnung auf die vorliegend erhebliche Steuerforderung nicht entgegensteht; da (ausweislich der Fassung des Gesetzes und des Inhalts der Motive zu dem Entwurfe desselben) die Worte in jener Gesetzesstelle

„oder nach §. 58 als fällig gelten"

den Sinn haben, daß derartig kreditierten Steuern das Vorrecht zustehe, dieselben aber, falls der Ablauf der Kreditfrist in die Zeit nach der Konkurseröffnung falle, als betagte Forderungen zu behandeln seien.

Nach dem Thatbestande und den vorentwickelten Principien würde dem preußischen Fiskus, falls derselbe noch Inhaber der Steuerforderungen in Rede wäre, das Vorrecht aus dem §. 54 Nr. 2 der Reichskonkursordnung zustehen.

Da der Fiskus aber zur Zeit der Anmeldung jener Forderungen nicht mehr deren Inhaber war, sondern die Revisionsbeklagten als seine Rechtsnachfolger die Anmeldung gethätigt haben, so ist nach der konkreten Lage des Falles zu untersuchen:

1) ob etwa schon durch den Wechsel der Forderungsinhaberschaft für sich allein jenes Vorrecht, sei es nun nicht entstanden, sei es erloschen, ist;
2) ob, falls erstere Frage zu verneinen, doch die Revisionsbeklagten

(wegen der Nichtexistenz einer ausdrücklichen Cession der angemeldeten Forderungen an sie seitens des Fiskus) nicht für befugt zu erachten seien, jenes Vorrecht zu beanspruchen, und zwar entweder überhaupt nicht, oder doch nicht bezüglich der vor der Konkurseröffnung bezahlten Forderung;

3) ob (selbst wenn man die Existenz einer ausdrücklichen Cession für unerheblich erachten sollte) von der Revisionsbeklagten das Vorrecht des §. 54 Nr. 2 der Reichskonkursordnung bezüglich der von ihnen durch die Zahlung vom 26. September 1879 erworbenen Steuerforderung nicht beansprucht werden dürfe, weil an jenem Zahlungstage jenes Vorrecht noch gar nicht bestanden habe, da die Reichskonkursordnung erst mit dem 1. Oktober 1879 Gesetzeskraft erlangte.

Der Richter erster Instanz hat die erste Frage bejaht; weil seiner Ansicht nach aus den §§. 10 und 54 der Reichskonkursordnung die Höchstpersönlichkeit des in letzterem Paragraphen unter Nr. 2 der Reichskasse, den Staatskassen, sowie den Amts-, Kreis- und Provinzialverbänden verliehenen Vorrechtes folge. — Mit Recht hat das Berufungsgericht diese Auslegung der Reichskonkursordnung reprobiert. Der §. 10 der Reichskonkursordnung bezieht sich nur auf die Rechtsverfolgungsform. Derselbe hat lediglich den Sinn, daß die Gläubiger des Gemeinschuldners Sicherstellung oder Befriedigung aus der Konkursmasse nur durch Geltendmachung ihrer desfallsigen Ansprüche im Konkursverfahren erzielen dürfen. Die mit dem Absatz 2 des §. 73 der preußischen Konkursordnung vom 3. Mai 1855 übereinstimmenden Schlußworte unter Nr. 2 des §. 54 der Reichskonkursordnung:

es macht dabei keinen Unterschied, ob der Steuererheber die Abgabe bereits vorschußweise zur Kasse entrichtet hat,

dürfen nicht dahin ausgelegt werden, daß ein exceptionelles (eben deswegen bei jedem sonstigen Dritten ausgeschlossenes) Eintrittsrecht des Steuererhebers in das Vorrecht der Kasse verordnet sei; denn es heißt in den Motiven zum §. 71 des Entwurfes der preußischen Konkursordnung, welcher mit dem §. 73 dieser Konkursordnung selbst übereinstimmt:

Muß der Steuererheber die Reste vorschußweise zur Kasse entrichten (vgl. Gesetz über die Klassen- und klassifizierte Einkommensteuer vom 1. Mai 1851 §. 13 G.S. S. 198), so ist dies nur eine vor-

läufige Deckung der Kasse, durch welche in der Person des Berechtigten gegenüber dem Steuerpflichtigen nichts geändert wird.

Die Motive des Entwurfes der Reichskonkursordnung zu den §§. 54—56 allegieren ausdrücklich die erwähnte Bestimmung der preußischen Konkursordnung als Quelle jener Schlußworte unter Nr. 2 §. 54. Es ist daher anzunehmen, daß diesen Worten dieselbe Auffassung zu Grunde liegt, welche in der mitgeteilten Stelle der Motive des Entwurfes der preußischen Konkursordnung scharf ausgedrückt ist.

Es tritt ferner bezüglich aller unter Nr. 1 bis 5 des §. 54 der Reichskonkursordnung gegebenen Vorrechte schon in der Fassung des Gesetzes selbst prägnant hervor, daß die sachliche Natur der aufgeführten Forderungen für die Erteilung des Vorrechtsschutzes von wesentlichster Bedeutung sei. Die Motive zu den §§. 54—56 des Entwurfes der Konkursordnung für das Deutsche Reich zeigen, daß in dem Entwurfe die viel größere Zahl der nach den bisher geltenden objektiven Rechten bestehenden Vorrechte auf eine geringere Zahl beschränkt ist, um nur solche Forderungen in dieser Weise zu bevorzugen, deren objektives Wesen, als (nach dem gegenwärtigen Kulturzustande) innig mit dem öffentlichen Wohl, dem allgemeinen Verkehrs- und Kreditbedürfnisse und dem Interesse der Rechtsordnung verwachsen, erkannt wurde. Selbst die Rangordnung der einzelnen Klassen dieser bevorzugten Forderungen unter sich ist nach dem Grade der Intensität ihres sachlichen Einflusses auf jene allgemeinen Interessen abgestuft. Auch bei den mit dem schwächsten Vorrechte versehenen Forderungen unter Nr. 7 des §. 54 im Entwurfe (in der Reichskonkursordnung selbst unter Nr. 5) gekennzeichneten Forderungen wird doch betont, daß die Rechtsordnung an ihrem Schutze (mit Rücksicht auf ihren Inhalt) ein höheres Interesse habe, als bei den nicht bevorrechteten Konkursforderungen. Gerade bei dem im vorliegenden Falle in Frage stehenden Vorrechte unter Nr. 2 des §. 54 a. a. O. wird nachdrücklich hervorgehoben, daß dasselbe (auch abgesehen von dem Verwaltungsinteresse) für den Verkehr notwendig, ja daß das Vorrecht für kreditierte (direkte und indirekte) Steuern gar nicht vom fiskalischen Standpunkte angezeigt sei, sondern lediglich aus Rücksicht auf die Verkehrsbedürfnisse, welche durch die den Steuerpflichtigen (und mittelbar auch ihren Gläubigern überhaupt) günstigen Kreditgewährungen gefördert würden.

Diese Auffassung der Motive des Entwurfes ist in den weiteren

legislativen Stadien nicht bemängelt worden, vielmehr sind bei strengerer Prüfung der Vorrechtsordnung des Entwurfes von dem Gesichtspunkte des Schutzes der Forderungen mit Rücksicht auf ihr sachlich mit der allgemeinen Wohlfahrt in Beziehung stehendes Wesen die unter Nr. 6 und 7 im Entwurfe vorgeschlagenen Vorrechte gestrichen.

Bei der gekennzeichneten Fassung des Gesetzes und dem Inhalt der Motive seines Entwurfes ermangelt der Schluß jeder Stringenz, daß nach dem Willen der Reichskonkursordnung die im §. 54 derselben unter Nr. 1 bis 5 bestimmten Vorrechte unbedingt an die Person des ursprünglichen Inhabers der bevorrechteten Forderungen gebunden seien. Verhältnismäßig wichtigere Gründe würden aus den gekennzeichneten Voraussetzungen für eine reichskonkursrechtliche Norm gerade entgegengesetzten Inhalts entfließen. Bei sorgfältiger Prüfung wird man indessen auch diesen Schluß als zu gewagt bezeichnen und sich begnügen müssen, erstens mit der Feststellung, daß die Vorrechte des §. 54 Nr. 1 bis 5 der Reichskonkursordnung bestimmten Forderungen verliehen sind, welche zu ihrer Entstehung gewisse persönliche Eigenschaften ihres ursprünglichen Inhabers voraussetzen und ihrem sachlichen Wesen nach objektiv mit öffentlichen Interessen auf das innigste verknüpft sind, zweitens mit dem Ergebnis, daß sich aus dieser Voraussetzung in überzeugender Weise weder herleiten lasse, daß reichskonkursrechtlich der Erwerb der erwähnten Vorrechte durch einen anderen, als den ursprünglichen Forderungsinhaber, unbedingt untersagt, noch daß reichskonkursrechtlich bestimmt sei, das Vorrecht solle jedem Inhaber jener Forderungen zustehen, oder doch auf jeden späteren Inhaber übertragbar sein.

Ebensowenig läßt sich in überzeugender Weise klarlegen, daß reichskonkursrechtlich, wenn auch nicht der (etwa nach den allgemeinen Grundsätzen der objektiven Rechte der einzelnen Mitgliedstaaten des Deutschen Reiches zulässige) Erwerb von Vorrechten der in obiger Feststellung gekennzeichneten Art durch spätere Inhaber der betreffenden Forderungen überhaupt, so doch die Möglichkeit oder Zulässigkeit eines Überganges jener Vorrechte auf solche spätere Inhaber vor der Konkurseröffnung verneint sei.

Die bereits beleuchteten §§. 10 und 54 der Reichskonkursordnung lassen sich in dieser Richtung gar nicht verwerten. Es könnte vielmehr nur versucht werden, jenen Grundsatz zu stützen auf eine Induktion aus

den §§. 2 und 12 jenes Gesetzes, sowie auf ein angeblich rationell anzunehmendes Wesen der Vorrechte.

Der §. 2 der Reichskonkursordnung betrifft aber dem Grunde nach nur die Notwendigkeit der Existenz der Konkursforderungen zur Zeit der Konkurseröffnung; mit der Frage über die Rechtsnachfolge in die vor und zur Zeit der Konkurseröffnung bestehenden Forderungen und ihrer Vorrechte (sei es nun vor, sei es in dem Konkurse), sowie mit dem Wesen der Vorrechte hat derselbe nichts zu thun.

Der §. 12 a. a. O. enthält lediglich eine Norm in Bezug auf die Entstehung neuer Pfand-, Hypotheken-, Retentions- und Vorzugs-Rechte an zur Konkursmasse gehörigen Gegenständen nach der Eröffnung des Konkursverfahrens.

Allerdings ist in der Doktrin des gemeinen deutschen Rechtes bei anklingenden Streitfragen von angesehenen Rechtslehrern die Meinung (als in dem begrifflichen Wesen der Sache wurzelnd) verteidigt worden, daß ein Vorrechtsübergang vor Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Schuldners nicht möglich sei, weil vor jener Eröffnung das Vorrecht als Recht nicht existiere, vielmehr nur eine bloße Erwartung auf ein solches Recht bestehe. Dem entgegen ist aber von ebenso angesehenen Rechtslehrern das Gegenteil als rationell behauptet und ausgeführt worden; wenn kraft gesetzlicher Bestimmung eine Forderung, sobald dieselbe mit anderen Forderungen um Befriedigung aus einem zur Tilgung aller konkurrierenden Forderungen unzulänglichen Vermögen oder Vermögensstücke konkurriere, vor jenen anderen Forderungen befriedigt werden solle, so sei das sofort eine wirtschaftlich wertvolle, zu Recht bestehende Eigenschaft, oder ein Nebenrecht jener Forderung, wenn auch dieses (bereits bestehende und mit der Forderung übertragbare) Recht, seiner spezifischen Natur gemäß, erst dann zur Durchführung gelange, sobald die Notwendigkeit zu seiner Bethätigung eintrete. Auf letzterem Standpunkte stehen auch viele Gesetzbücher und Prioritätsgesetze der Neuzeit, namentlich, wie solches weiter eingehend klargelegt werden wird, die preußische Gesetzgebung, an welche sich die legislativen Vorarbeiten eng anlehnen, welche schließlich zur Konkursordnung des Deutschen Reiches geführt haben.

Bei der angedeuteten tiefgreifenden Verschiedenheit der Meinungen wäre der Gesetzgeber (falls er in der Reichskonkursordnung die Fragen über die untrennbare Verknüpfung der Vorrechte mit der ursprünglichen

Inhaberschaft der Forderungen, oder die Übergangsfähigkeit derselben, sei es nun vor, sei es in dem Konkurse, sowie über die sonstigen speciellen Voraussetzungen des Vorrechtsüberganges hätte regeln wollen) auf das Allerdringendste veranlaßt gewesen, diese Materie durch ausdrückliche, klare Bestimmungen zu normieren.

Das gänzliche Fehlen von ausdrücklichen Bestimmungen in der Reichskonkursordnung spricht (bei ihrer gekennzeichneten geschichtlichen Voraussetzung) schon für sich allein dafür, daß der Gesetzgeber (wenngleich jene Fragen auf das Tiefste das Wesen der Vorrechtsordnung affizieren, da ihre Lösung unleugbar den Kreis der in jener Rangordnung in Betracht kommenden Forderungen mitbestimmt) gerade mit Rücksicht auf den Zwiespalt der angeblich rationellen Auffassungen und der mannigfachen Unterschiede der positiven Bestimmungen der bürgerlichen Landesrechte sich in bewußter Weise (zur Zeit) eine Selbstbeschränkung auferlegt, und vorläufig (d. h. bis zur künftigen umfassenden Regelung dieser Materie in dem künftigen Gesetzbuche über das einheitliche bürgerliche Recht des Deutschen Reiches) diese Materie in allen oben berührten Richtungen der Herrschaft des bürgerlichen Rechtes der einzelnen Mitgliedstaaten des Deutschen Reiches belassen hat, namentlich also der Herrschaft derjenigen Normen, welche in jenen Sonderrechten in Bezug auf Wesen und Übergang solcher Vorrechte bestehen, die einer Forderung mit Rücksicht auf ihre (den Vorrechtschutz verdienende) sachliche Bedeutung (wenngleich mit Rücksicht auf persönliche Eigenschaften ihres ursprünglichen Inhabers) gewährt sind.

Vorstehender Schluß aus der geschichtlichen Voraussetzung der deutschen Reichskonkursordnung und der Nichtexistenz ausdrücklicher Bestimmungen derselben über die bezeichnete Materie ist in sich stringent, wird aber adminikulierend noch unterstützt durch den Inhalt der Motive zum §. 12 des Entwurfes der Konkursordnung für das Deutsche Reich, insbesondere die beiden letzten Absätze dieser Motive.

Da nun der Übergang der im vorliegenden Rechtsstreite erheblichen fiskalischen Forderungen auf die Revisionsbeklagten sich in Preußen, und zwar in dem dortigen Geltungsgebiete der Fridericianischen Gesetzbücher, vollzogen hat, so sind die in diesem Gebiete den Erwerb von Vorrechten regelnden objektiven Rechtsnormen für den gegenwärtigen Rechtsstreit maßgebend. Diese Normen sind die Bestimmungen des Preußischen Allgemeinen Landrechts, keineswegs etwa (bezüglich des Vor-

rechtes der nach der Konkurseröffnung vom 7. Oktober 1879 am 11. Oktober 1879 von der Revisionsbeklagten befriedigten Forderungen des Fiskus) die Vorschrift des ersten Absatzes im §. 11 der preußischen Konkursordnung vom 8. Mai 1855. Der Ausführung, daß letztere Bestimmung auch nach dem Inkrafttreten der Reichskonkursordnung am 1. Oktober 1879 (gemäß §. 20 letzteren Reichsgesetzes) in Geltung geblieben sei,

vgl. Dr. F. Schollmeyer, Der gesetzliche Eintritt in die Rechte des Gläubigers Abschnitt II. §. 2 S. 62 Anm. 2,

darf nicht beigepflichtet werden. Es ist anzunehmen, daß jener §. 20 der Reichskonkursordnung sich nur auf Reichsgesetze oder solche Landesgesetze bezieht, welche nicht bestimmt waren, das Konkurs-, Fallitments-, Gant- oder Debit-Verfahren als solches umfassend zu regeln, welche vielmehr nur gelegentlich (bei der Normierung einzelner Civilrechtsverhältnisse) über den Einfluß der Eröffnung eines Konkursverfahrens auf diese einzelnen Verhältnisse Bestimmung treffen. Nach §. 4 des Einführungsgesetzes zur Reichskonkursordnung müssen die früheren landesgesetzlichen Konkursordnungen in Bezug auf alle in ihnen als konkursrechtlich gesetzten Bestimmungen mit dem Augenblicke des Inkrafttretens der Reichskonkursordnung als aufgehoben gelten. Der erste Absatz des §. 11 der preußischen Konkursordnung beruht aber (ausweislich seiner Fassung und der Motive zu dem Entwurfe derselben) auf dem Grundgedanken, daß es notwendig sei, das in ihm geregelte Eintrittsrecht desjenigen, welcher die Forderung eines Gläubigers nach der Konkurseröffnung befriedigt, namentlich in Bezug auf den Übergang des Vorrechtes der befriedigten Forderung einem specifisch der Konkursordnung angehörigen Grundsatze zu unterstellen, während das Eintrittsrecht bei vor der Konkurseröffnung erfolgter Befriedigung des Gläubigers, wie der zweite Absatz des §. 11 ausdrücklich sagt, nach den allgemeinen gesetzlichen Vorschriften zu beurteilen sei. Dieser, noch in dem §. 18 des Entwurfes einer deutschen Gemeinschuldordnung festgehaltene Grundgedanke ist (ausweislich der Motive zu dem §. 12 des Entwurfes der Konkursordnung des Deutschen Reiches, welche in den weiteren legislativen Stadien keinerlei Widerspruch gefunden haben) von den Gesetzgebungsfaktoren der Reichskonkursordnung ausdrücklich als ein verfehlter bezeichnet worden.

Nach dem Preußischen Allgemeinen Landrechte besteht zunächst (was

von vorneherein hervorzuheben ist, da es sich im konkreten Streitfalle um den Übergang von fiskalischen Forderungen handelt) kein spezifischer Unterschied zwischen letzteren Forderungen und den Forderungen anderer Personen in Bezug auf den Übergang des Vorzugsrechtes.

Noch in dem §. 55 T. I Abschn. III T. 2 des gedruckten Entwurfes eines „Allgemeinen Gesetzbuches für die Preußischen Staaten" war der Grundsatz vorgeschlagen, daß der Cessionar einer fiskalischen Forderung sich des fiskalischen Vorzugsrechtes ohne besondere Übertragung desselben nicht erfreue. Dieses Princip hat der Gesetzgeber nicht sanktioniert; vielmehr bestimmt das A.L.R. II. 14. §. 74:

„Wie weit eine Privatperson, der eine fiskalische Forderung cediert worden, in die Rechte des Fiskus trete, ist nach den allgemeinen Vorschriften von Cessionen zu beurteilen [I. 11. §§. 402—406]".

Während im §. 99 der Einleitung zum A.L.R. verordnet ist:

„Rechte, welche an eine bestimmte Person, oder an gewisse Eigenschaften derselben nicht gebunden sind, können von dem einen auf den anderen übertragen werden,"

schreiben die in A.L.R. II. 14. §. 74 allegierten Vorschriften der §§. 402 bis 404 I. 11 vor, daß auch besondere Vorrechte, welche der cedierten Forderung in Rücksicht ihrer Natur und Beschaffenheit beigelegt sind, selbst ohne ausdrückliche Übertragung auf den neuen Inhaber mit übergehen, und daß dahin auch solche Vorrechte, welche der Forderung selbst, in Rücksicht auf die persönliche Eigenschaft ihres ersten Inhabers, zukommen, gehören, nicht aber bloß persönliche Befugnisse, welche, wie die Vorrechte des Fiskus wegen des Gerichtsstandes und der Sportelfreiheit, bloß bei Gelegenheit der cedierten Forderung von dem vorigen Inhaber ausgeübt werden könnten.

Schon aus der Fassung dieser Gesetzesstellen und ganz schlagend aus ihrer Entstehungsgeschichte geht hervor, daß das preußische Allgemeine Landrecht die fiskalischen Prioritätsrechte wegen öffentlicher Abgaben für solche Rechte erachtet, welche nicht an eine bestimmte Person oder an gewisse Eigenschaften derselben gebunden sind, sondern als solche Vorrechte, welche der Forderung selbst, wenngleich in Rücksicht auf die persönliche Eigenschaft des ersten Inhabers, verliehen sind.

Der gedruckte Entwurf eines Allgemeinen Gesetzbuches für die Preußischen Staaten enthielt im Tl. II. Abt. II. T. VIII. Absch. III. von Abtretung der Rechte folgende Bestimmungen:

§. 363. „Besondere Vorrechte, die einer Forderung nur in Rücksicht auf die Person des ersten Inhabers beigelegt sind, erlangt der Cessionarius nur alsdann, wenn ihm solche ausdrücklich übertragen sind" [Personenrecht Abt. III. T. II. §. 55].

§. 364. „Persönliche Vorrechte, die bloß an die Person oder an den Stand des Cedenten gebunden sind, können dem Cessionario nicht mit übertragen werden."

Darauf bemerkte Suarez in der Revisio monitorum:

„Der Unterschied der Fälle in den §§. 363 und 364, ob das Vorrecht der Forderung in Rücksicht auf die Person des ersten Inhabers zukomme, oder ob es an die Person des Cedenten gebunden sei, ist zu fein und unbestimmt. Ich würde mit mehreren Monenten bei der Distinktion stehen bleiben, ob das Vorrecht seinen Grund in der Qualität der Forderung selbst, oder in der Qualität der Person des Berechtigten habe. Ersteren Falls geht das Vorrecht mit der Forderung selbst, auch ohne besondere ausdrückliche Cession, mit über, letzteren Falls kann es nicht cediert werden, z. B. die Priorität, welche Fiskus wegen öffentlicher Abgaben hat, kommt auch dem Cessionarius zu. Die Privilegien wegen des fori, wegen der Kostenfreiheit ꝛc können nicht mit cediert werden."

Aus dieser Bemerkung sind die §§. 403. 404. A.L.R. I. 11 hervorgegangen. Nach den Vorschriften der §§. 46 flg. A.L.R. I. 16 wird in Bezug auf das Eintrittsrecht desjenigen Nichtverpflichteten, welcher eine Forderung bezahlt, in die Rechte des Gläubigers unterschieden zwischen „den Rechten gegen den Schuldner und den Vorrechten im Verhältnis zu Dritten". Die ersteren sollen regelmäßig auch ohne ausdrückliche Cession der Forderung auf den Zahlenden übergehen, während der Zahlende sich der Vorrechte, welche der bezahlten Forderung nach ihrer Qualität beiwohnen, gegen Dritte (falls nicht besondere Gesetze ein anderes vorschreiben) nur nach ausdrücklicher Cession der Forderung (welche der Gläubiger auf Verlangen des Zahlenden zu thätigen verpflichtet ist) bedienen darf.

Daß auch in diesen Gesetzesstellen unter den gekennzeichneten Vorrechten die Vorzugsrechte, welche im Konkurse zur Durchführung gelangen, einbegriffen sind, geht wiederum schlagend aus einer Bemerkung von Suarez bei der Revisio monitorum zum §. 18 T. II. Abt. II. Tit. XIII. Absch. II. „von der Zahlung" in dem gedruckten Entwurfe

des Allgemeinen Gesetzbuches für die Preußischen Staaten hervor, in welcher er ausdrücklich (als Beispiel jener gekennzeichneten Vorrechte) das der Ehefrau wegen ihrer Illata zustehende Privilegium der vierten Klasse hervorhebt. Suarez spricht sich dahin aus:

„die Ordnung und Sicherheit des bürgerlichen Verkehrs scheine es zu erfordern, daß man hier bei der alten Theorie bleibe und ausdrücklich cessiones verlange. Es könnten sonst häufig Betrügereien und Unordnungen vorfallen, und könne ein tertius ohne sein Verschulden gefährdet werden."

Aus dieser Bemerkung sind denn die §§. 46 flg. A.L.R. I. 16 entstanden.

Die Revisionsbeklagten haben nun keine Cession der von ihnen bezahlten fiskalischen Forderungen erwirkt. Dieselben würden also nach den Grundsätzen jenes sechzehnten Titels zur Geltendmachung des Vorrechts jener Forderungen nicht befugt sein. Die Revisionsbeklagten haben aber jene Forderungen als Bürgen bezahlt, und fragt es sich, ob auch der zahlende Bürge nach dem Preuß. Allgem. Landrechte zum Erwerbe des Vorrechts einer ausdrücklichen Cession der bezahlten Forderung bedürfe.

Das ist schon bisher in der Doktrin des preußischen Rechts vorwiegend verneint worden und hat sich dieser Gesetzesauslegung auch das Königlich preußische Obertribunal angeschlossen.

Vergl. Koch, Lehre von dem Übergange der Forderungsrechte 1837 S. 152;

Bornemann, Systematische Darstellung des preußischen Civilrechts 2. Ausg. Bd. III. §. 226 S. 295;

Förster, Theorie und Praxis 3. Aufl. Bd. I. §. 99 S. 637, Bd. II. §. 144 S. 368. 369;

Dernburg, Lehrbuch des preußischen Privatrechts Bd. II. 2. Aufl. §. 82 S. 198, §. 245 S. 695;

Dr. Schollmeyer, Der gesetzliche Eintritt ꝛc 187. S. 62;

Erkenntnis des preußischen Obertribunals III. vom 28. Januar 1861, Striethorst Archiv Bd. 40 Nr. 45 S. 184.

Die für diese herrschende Ansicht geltend gemachten Gründe entbehren in der entwickelten Art zum Teil der Stringenz, indessen im Endergebnisse muß jene Gesetzesinterpretation für richtig erachtet werden. Die §§. 338. 339 A.L.R. I. 14 lauten:

§. 338. „Der Bürge tritt, soweit er den Gläubiger befriedigt hat, in alle Rechte desselben gegen den Hauptschuldner, ohne daß es dazu einer ausdrücklichen Cession bedarf."

§. 339. „Doch muß der Gläubiger auf Verlangen des Bürgen auch zur Erteilung einer solchen ausdrücklichen Cession auf dasjenige, was er von dem Bürgen wirklich erhalten hat, angehalten werden."

Diese Bestimmungen sind aufgefaßt worden als besondere Gesetze im Sinne des §. 47 A.L.R. I. 16 und soll der Wille des Gesetzgebers, durch diese besonderen Gesetze (als Ausnahme von der Regel jenes §. 47) den Übergang der Vorrechte auf den zahlenden Bürgen, als auch ohne ausdrückliche Cession der Forderung (lediglich infolge der Zahlung) sich vollziehend, festzusetzen, daraus folgen, daß der §. 46. I. 16 von den Rechten des bezahlten Gläubigers, der §. 338 I. 14 von allen Rechten dieses Gläubigers spreche. Diese Art der Argumentation ist keine glückliche. Es entspricht nicht den Gesetzen der Sprache, Stellen eines Gesetzbuches in demselben „als besondere Gesetze" zu bezeichnen. Will man ferner die betreffenden Bestimmungen des erwähnten vierzehnten und sechzehnten Titels von dem Gesetzgeber in der Art gedanklich verknüpft setzen, wie sie in der gekennzeichneten Argumentation, als von ihm verknüpft, gedacht sind, so wäre es höchst bedenklich ein so entscheidendes Gewicht auf den Unterschied des Ausdrucks „die Rechte" von dem Ausdrucke „alle Rechte" zu legen, da an die Worte „alle Rechte" im §. 338. I. 14 sich die Worte anschließen „gegen den Hauptschuldner", und in den §§. 46. 47. I. 16 die Rechte gegen den Schuldner gerade als Gegensatz der Vorrechte, welche im Verhältnis zu Dritten ihre Wirkung äußern, hingestellt sind, so daß man bei der (unter Voraussetzung einer so engen Verknüpfung jener Stellen beider Titel) entschieden gebotenen Gleichartigkeit der Terminologie unter „allen Rechten des Gläubigers gegen den Hauptschuldner", doch füglich nicht die Dritten gegenüber zu thätigenden Vorrechte mitverstehen konnte, es vielmehr nahe liegen würde, aus jenen zusätzlichen Worten „gegen den Hauptschuldner" (in Verknüpfung mit dem Anschlusse des §. 339) zu folgern, daß der §. 338. I. 14 sich nicht auf Vorzugsrechte beziehe und der §. 339 die Bedeutung habe, den Weg zu zeigen, (gewünschtenfalls) das Vorzugsrecht zu erwerben. Eine Auslegung, welcher sich der preußische Gesetzrevisor nach seinen Bemerkungen im Pensum XIV S. 47, 80, 81 zuzuneigen scheint.

Trotzdem erscheint die entgegengesetzte Interpretation richtig. Dieselbe begründet sich schlüssig in folgender Weise:

Die Bestimmungen der §§. 338. 339 A.L.R. I. 14 sind weder Ausnahmen von der Regel der §§. 46. 47 A.L.R. I. 16 durch besonderes Gesetz, noch eine (an sich überflüssige) Wiederholung derselben in einem einzelnen Specialfalle. Es enthalten vielmehr die bezeichneten Bestimmungen jedes jener Titel von demjenigen des anderen isolierte, koordinierte Vorschriften, welche in jedem Titel ein von demjenigen, welches in dem anderen Titel geordnet wird, grundverschiedenes Rechtsverhältnis regeln. In dem sechzehnten Titel sind diejenigen Fälle normiert, in denen der freiwillig zahlende Nichtschuldner erst durch die Zahlung zu dem Gläubiger in Bezug auf die betreffende Forderung sich in ein diese Zahlung betreffendes Rechtsverhältnis setzt. Im vierzehnten Titel dagegen sind diejenigen Fälle geregelt, in denen derjenige zahlt, welcher schon vor der Zahlung sich dem Gläubiger zu dieser Zahlung der Hauptschuld eines Anderen verpflichtet hatte, sei es derartig, daß der Gläubiger regelmäßig diese Zahlung erst nach fruchtloser Inanspruchnahme des Hauptschuldners zu fordern befugt sein solle, sei es derartig, daß der Gläubiger von dieser Schranke befreit war. Jedes dieser Arten von Rechtsverhältnissen in Bezug auf den Übergang der Vorrechte der bezahlten Forderung bei der Legislation verschieden zu regeln, konnte deswegen angezeigt erscheinen, weil es nahe liegt, in der im vierzehnten Titel geregelten Gattung von Fällen anzunehmen, daß die zur Zahlung führende Obligation des Bürgen schon mit Rücksicht auf die Vorzugsrechte und Sicherheiten derjenigen Forderung, welcher die zu berichtigende Hauptschuld eines Anderen entspricht, und mit Rücksicht auf den Erwerb dieser Eigenschaften oder Nebenrechte dieser Forderung eingegangen sei; daß in der Vertragswillensermittelung auf Zahlung für einen Anderen und Annahme einer solchen Zahlung schon konkludent klar gelegt sei sowohl der Wille des sich Verpflichtenden, im Falle der Zahlung in die ganze konkrete Individualität und Rechtsverzweigung des Gläubigerrechts, welche das Vorrecht der Forderung in sich faßt, einzutreten, als auch der Wille des Gläubigers, daß im Falle und mit der Zahlung die Summen der ihm in Bezug auf die gezahlte Forderung, als solche, zustehenden Rechte auf den Bürgen übergehen solle.

Eine derartige Auffassung führte zu der um die Zeit der Kodifikation des Preußischen Allgemeinen Landrechts herrschenden Lehre der

gemeinrechtlichen Praktiker, daß auf den zahlenden Bürgen durch die Zahlung nicht bloß die (wie gekauft zu betrachtende) Forderung, sondern auch alle Nebenrechte und namentlich das Vorrecht der Forderung übergingen. Dieser Grundsatz hat noch kurz vor Kodifikation des Preußischen Allgemeinen Landrechts, bereits zur Regierungszeit Friedrichs des Großen, in dem Projekt des Codicis Fridericiani Marchici von 1748 Teil IV Titel 9 §. 30 folgenden Ausdruck gefunden:

„diejenigen, so einem Gläubiger seine Forderung bezahlen, auch die Bürgen so dergleichen für ihre Principalschuldner gethan, treten in der bezahlten Kreditoren Recht, jedoch dergestalt, daß die Bürgen keine cessionem jurium von Nöten haben."

Daß diese Stelle sich auch auf das Vorrecht der Forderung bezog, folgt daraus, daß jenes Projekt insbesondere die Rechtsverhältnisse für den Fall eines Gläubigerkonkurses regelte.

Da nun Suarez in seiner oben mitgeteilten Bemerkung der Revisio monitorum, welche zu den Bestimmungen des sechzehnten Titels geführt hat, und in welcher er sich für die ausdrückliche Cession der Forderung als Vorbedingung des Überganges des Vorrechtes ausspricht, ausdrücklich sagt:

„daß er die alte Theorie konservieren wolle",

so geht daraus hervor, daß er dabei den Übergang auf den zahlenden Bürgen (auf welchen auch die von ihm betonten legislativ politischen Momente sich nicht mit gleichem Gewicht geltend machen lassen, wie auf die Fälle der ganz spontanen Zahlung) nicht in das Auge gefaßt hat.

Auf dem Standpunkte der völligen Selbständigkeit der gekennzeichneten Bestimmungen des vierzehnten und sechzehnten Titels verringert sich auch das Schwergewicht der an den Gesetzgeber zu stellenden Forderung einer ganz besonderen Vorsicht in der Wahl der einzelnen Ausdrücke, welche Forderung (unter der Voraussetzung der innigen Beziehung beider Titel) zu den oben entwickelten, von dem entgegengesetzten Standpunkte schwer überwindlichen, Bedenken führte; vielmehr erscheint es nun (bei dem hinzutretenden Gewicht der geschichtlichen Voraussetzung) gerechtfertigt, die Bestimmung des §. 338 A.L.R. I. 14, daß alle Rechte des Gläubigers gegen den Hauptschuldner auch ohne ausdrückliche Cession auf den zahlenden Bürgen übergehen, dahin auszulegen, daß die Worte „Rechte gegen den Hauptschuldner" hier nicht in dem engeren, das Vorzugsrecht der Forderung ausschließenden Sinne, sondern in der

weiteren, das mit der Forderung verbundene Vorrecht (wenn auch zu dessen Entstehung die ursprüngliche Forderungsinhaberschaft einer in bestimmter Weise qualifizierten Person notwendig sein sollte) umfassenden Sinne von dem Gesetzgeber gebraucht sind.

Die Bestimmung des §. 339 desselben Titels ist nicht geeignet, ein durchgreifendes Bedenken gegen die Richtigkeit dieser Gesetzes-Interpretation zu erregen; da die ausdrückliche Cession der Forderung, wenn auch nicht essentiell für den Erwerb des Vorrechtes durch den Bürgen, so doch für denselben von sehr erheblichem Nutzen sein kann zur Klarlegung des Erwerbes der Forderung und des Vorrechtes.

Bis jetzt sind nur die Bestimmungen des Allgemeinen Landrechts selbst und dessen geschichtliche Voraussetzung bei der Auslegung verwertet. Es fragt sich indessen noch, ob etwa der Inhalt des fünfzigsten Titels der Allgemeinen Gerichts-Ordnung (welcher zwar bereits mit dem 1. Oktober 1855 die Gesetzeskraft verloren hat, aber trotzdem an sich als Interpretationsmittel des Allgemeinen Landrechts Erheblichkeit besitzen kann, weil das Allgemeine Landrecht und die Allgemeine Gerichts-Ordnung von dem preußischen Gesetzgeber als Momente eines einheitlichen objektiven Rechts gewollt waren) dazu führen kann, die verteidigte Auslegung der gekennzeichneten Bestimmungen des Allgemeinen Landrechts zu erschüttern?

Das ist nicht der Fall.

Im §. 122 II. 26 des Corpus juris Fridericianum 1. Buch von der Prozeß-Ordnung und dann im §. 161 A.G.O. I. 30 ist bestimmt, daß derjenige, welcher entweder einen Gläubiger unmittelbar bezahlt oder dem Gemeinschuldner Geld unter der ausdrücklichen Bedingung geliehen hat, daß ein anderer Kreditor damit bezahlt werden soll, und die Bezahlung dieses anderen Kreditors dann wirklich erfolgt ist, und der Bürge, welcher für den Hauptschuldner einem Gläubiger Zahlung geleistet hat, an die Stelle des durch ihn bezahlten Kreditors trete und in der Klassifikation daselbst angesetzt werden müsse, wenn er sich auch seine Rechte von dem bezahlten Gläubiger nicht ausdrücklich habe cedieren lassen. Wollte man diese Bestimmung auch auf die Fälle der Zahlung vor der Konkurseröffnung beziehen, so würde für die im Titel 16 Teil I des Allgem. Landrechts geregelten Fälle eine Antinomie vorliegen, keineswegs nur eine der im §. 47 jenes Titel 16

freigelassenen Ausnahmen von seiner Regel durch Vorschrift eines besonderen Gesetzes; denn der Konkurs (sei es nun ein allgemeiner oder partikularer, auf welchen letzteren sich nach feststehender Gesetzesauslegung der §. 161 A.G.O. I. 50 ebenfalls bezieht) ist ja, wenigstens nach der Auffassung des preußischen Rechts, das ausschließliche Feld der praktischen Durchführung der schon vor seiner Eröffnung als Recht bestehenden Vorzugsrechte.

Da aber ein Fehler der Gesetzgebung nicht anzunehmen ist, so erscheint es richtig, wofür auch die Stellung der Bestimmung (bei der Koexistenz der landrechtlichen Vorschriften) sowie die Fassung des Gesetzes (der Ausdruck „Gemeinschuldner" und der damit verknüpfte eigenartige Fall, die Worte „an die Stelle" und „in der Klassifikation") sprechen: die Bestimmung der Allgemeinen Gerichtsordnung dahin auszulegen, daß dieselbe lediglich die Fälle der Zahlung nach Eröffnung des Konkurses hat regeln sollen, für welche Fälle sie in Bezug auf die (ohne ihre Specialvorschrift) den regelmäßigen Normen der §§. 46. 47. A.L.R. I. 16 anheimgefallenen Fälle als besonderes Gesetz eine der nach dem §. 47 I. 16 freigelassenen Ausnahmen durch ein solches Gesetz enthält, während sie für die Fälle der Bürgenzahlung sich als eine vorsichtige Wiederholung des landrechtlichen Grundsatzes des §. 338 I. 14 charakterisiert.

Schon zur Zeit der Bedrängnis des preußischen Staates im Anfange dieses Jahrhunderts entstanden bei den Gerichten Zweifel über die Vorbedingungen des Überganges des Vorzugsrechtes der öffentlichen Abgabenforderungen des Fiskus, als die Staatskassen wegen solcher Abgaben von Anderen (statt der während des Krieges in Zahlungsverlegenheit geratenen Schuldner) befriedigt waren, und, als hinterher über das Vermögen dieser Schuldner Konkurs ausbrach, den ohne ausdrückliche Cession des Fiskus die Abgabenforderung mit dem fiskalischen Vorrecht liquidierenden Personen, welche den Fiskus befriedigt hatten, das fiskalische Vorrecht streitig gemacht wurde. Damals machte sich der Gesichtspunkt, welcher auch bei Erörterung über das Vorrecht der öffentlichen Abgabenforderung in den Motiven des Entwurfes zur Reichskonkursordnung betont ist, auf das Natürlichste geltend. Es sprang mit größter Schärfe die Gefahr für den Staat und den Verkehr in das Auge, welche durch die Erschwerung des Vorrechtüberganges und die

dadurch entstehende Paralysierung des bereiten Willens Dritter, für die Abgabenrestanten einzutreten, entstand.

Infolge eines Referats des Geheimen Oberfinanzrats von Massow berichtete der Kanzler von Schrötter an den König Friedrich Wilhelm III. und wurde auf Grund einer Kabinetsordre vom 5. März 1808 das Publicandum der ostpreußischen Regierung vom 16. März 1808 „betreffend das jus subintrandi in Konkursen wegen solcher Forderungen, welche mit Vorrechten versehen ist" dahin erlassen:

„Die Rechtsfrage: Ob die den Staatsbehörden wegen der öffentlichen und gemeinen Lasten und Abgaben im Vermögen des Schuldners gesetzlich zustehenden Vorrechte ohne ausdrückliche Cession auf den übergehen, der statt des unvermögenden Schuldners jene Befriedigung erteilt hat?

ist zwar schon durch die Prozeßordnung Titel 50 §. 161 bejahend entschieden. Da aber solche in Rücksicht der Vorschrift des A.L.R.'s I. 16. §. 47 für zweifelhaft erachtet ist, so ist durch die Immediatverfügung vom 5. d. M. dieselbe dahin deklariert worden:

daß dem allegierten §. der Prozeßordnung die vorangeführte des Landrechts nicht entgegenstehe, und also in Konkursen über das Vermögen des Schuldners jus subintrandi auch in Absicht solcher Forderungen stattfinde, denen nach ihrer Qualität gewisse Vorrechte beiwohnen."

(Vergl. Rabe, Sammlung preußischer Gesetze und Verordnungen Bd. 9 S. 170. 171, Bd. 13 S. 765.)

Aus dieser Kabinetsordre vom 5. und Publikandum vom 16. März 1808 ist der Anhang §. 331 (zum §. 161. I. 50) der Allgemeinen Gerichtsordnung hervorgegangen, welcher lautet:

„Auch in Absicht solcher Forderungen, denen nach ihrer Qualität gewisse Vorrechte beiwohnen, findet das jus subintrandi statt.

Die Vorschrift des A.L.R.'s I. 16. §. 47 leidet demnach hier keine Anwendung."

Nicht sowohl durch die Fassung als durch die Entstehungsgeschichte dieses Anhangsparagraphen mußte der (oben hervorgehobene) richtige Gesichtspunkt für das Verhältnis der Bestimmungen des Preußischen Allgemeinen Landrechts und der Allgemeinen Gerichtsordnung verrückt werden, sodaß in den Motiven zum Entwurfe der preußischen Konkursordnung (und zwar zum §. 11) gesagt ist:

„Sofern diese Ausnahme (nämlich die von der landrechtlichen Regel der A.G.O. I. 50. §. 161 Anh. §. 331 bestimmte Ausnahme), wie es den Anschein hat, auch diejenigen Fälle umfassen soll, wo die Befriedigung des Gläubigers schon vor der Eröffnung des Konkurses stattgefunden hat, ist dieselbe ungerechtfertigt,"

worauf denn in dem §. 11 der preußischen Konkursordnung die oben referierte Distinktion zwischen der der specifisch konkursrechtlichen Regel und der den allgemeinen Principien des bürgerlichen Obligationenrechts unterliegenden Fällen festgesetzt wurde.

Bei dem mitgeteilten Inhalt der Vorschriften des fünfzigsten Titels des ersten Teiles der Allgemeinen Gerichtsordnung leuchtet ein, daß dieselben in keiner Weise geeignet sind, eine Grundlage herzustellen, von welcher aus die oben aus dem Inhalt der erheblichen Bestimmungen des Allgemeinen Landrechts, aus dessen Materialien und aus dessen geschichtlicher Voraussetzung klargelegte Auslegung der §§. 46. 47 A.L.R. I. 16 und §§. 338. 339 A.L.R. I. 14 erschüttert werden könnte.

Die bisher entwickelten Gründe in Verknüpfung mit dem Thatbestande rechtfertigen schon für sich allein das Vorrecht des §. 54 Ziff. 2 der Reichskonkursordnung für diejenige Forderung von 1 418 M. 70 Pf. an Branntweinsteuer, welche die Revisionsbeklagten durch die Zahlung vom 11. Oktober 1879 erworben haben, da dieses Vorrecht dem Fiskus selbst zur Zeit der Zahlung zustand.

Bezüglich derjenigen weiteren Forderung von 519 M. 50 Pf., welche die Revisionsbeklagten durch die Zahlung vom 26. September 1879 erworben haben, wird jenes Vorrecht durch dieselben Gründe in Verknüpfung mit folgender weiteren Erwägung gerechtfertigt:

Am 26. September 1879 besaß der Fiskus für diesen Steuerbetrag das Vorrecht des §. 73 der preußischen Konkursordnung. Die Revisionsbeklagten erwarben also durch die an jenem Tage von ihnen als Bürgen geleistete Zahlung die Forderung mit dem Vorrechte dieses §. 73. Dieses ihnen erworbene Vorrecht war aber für den Forderungsinhaber viel günstiger, für die mit ihm konkurrierenden Gläubiger viel nachteiliger als das Vorrecht des §. 54 Ziff. 2 der Reichskonkursordnung. Nach der letzteren gehen die im §. 54 Ziff. 1 gekennzeichneten Forderungen den unter Ziff. 2 lozierten öffentlichen Abgaben vor, während die Rückstände von direkten und indirekten Staatssteuern und anderen denselben gleichstehenden Abgaben nach der preußischen Kon-

kursordnung das stärkste Vorrecht besaßen, ihnen namentlich auch die nach der Reichskonkursordnung koordinierten Forderungen der Amts-, Kreis- und Provinzialverbände wegen öffentlichen Abgaben nachstanden.

Nach der preußischen Konkursordnung war dieses Vorrecht den Rückständen der genannten Steuern und denselben gleichstehenden Abgaben aus den beiden letzten Jahren von dem Tage der Konkurseröffnung oder dem früheren Tode des Gemeinschuldners gegeben, während nach der Reichskonkursordnung das Vorrecht nur für die in dem letzten Jahre vor der Konkurseröffnung fälligen oder nach §. 58 als fällig geltenden öffentlichen Abgaben gewährt ist.

Erwägt man dieses Verhältnis des Vorrechtes der fiskalischen Forderungen in der Landesgesetzgebung zu demjenigen des Reichsgesetzes und die entschiedene Art, wie in der ersteren dieses Vorrecht als ein der Forderung nach ihrer Qualität gewährter Schutz aufgefaßt und auch in der letzteren dieser Schutz im Interesse des Verkehrs gewährt ist, so muß angenommen werden, daß ebenso gut, wie der Fiskus selbst, wenn er zur Zeit des Inkrafttretens der Reichskonkursordnung die in Rede stehende durch den stärkeren Vorrechtsschutz der bis zu jenem Moment geltenden preußischen Konkursordnung gesicherte Forderung besessen hätte, von nun an des, wenngleich geringeren, Vorrechtsschutzes der Reichskonkursordnung teilhaftig geworden wäre, ein Gleiches auch bezüglich der Revisionsbeklagten eingetreten ist, welche diese Steuerforderung mit dem stärkeren Vorrechtsschutz der preußischen Konkursordnung in dem Augenblicke des Wechsels der Gesetzgebung ebenfalls besaßen. Es darf nicht dieser Wechsel der Gesetzgebung wie eine geistlose Naturgewalt (unter den Voraussetzungen des konkreten Falles wider den Geist beider im Augenblicke des Wechsels sich ablösenden Gesetze) die Revisionsbeklagten jedes Vorrechtsschutzes in Bezug auf die öffentliche Abgabenforderung entblößen und den konkurrierenden Gläubigern einen jeder vernünftigen Berechtigung entbehrenden Vorteil zuwenden."

## 16. Fortdauer der Organe einer Aktiengesellschaft während der Liquidation. Dürfen die Liquidatoren unbewegliche Sachen anders, als durch öffentliche Versteigerung, auf Grund eines einfachen Mehrheitsbeschlusses der Generalversammlung veräußern?

Art. 137 Abs. 2. Art. 244 Abs. 2 des H.G.B.'s.

II. Civilsenat. Urt. v. 28. Januar 1881 i. S. G. (Kl.) w. Pl. und Aktienges. A. B. V. (Bekl.) Rep. II. 383/80.

I. Landgericht Plauen.
II. Oberlandesgericht Dresden.

Von der Generalversammlung einer Aktiengesellschaft war am 8. Oktober 1879 die Liquidation der Gesellschaft und außerdem einstimmig noch beschlossen worden, die Befugnis der Liquidatoren insofern zu beschränken, als eine Veräußerung des (Gesellschafts-) Grundstückes an die Genehmigung der Generalversammlung gebunden sein soll.

Die Liquidatoren verkauften das Gesellschaftsgrundstück aus freier Hand. Eine hierauf einberufene Generalversammlung genehmigte diesen Verkauf mit einfacher Stimmenmehrheit unter Widerspruch des Aktionärs G., welcher einen höheren Kaufpreis geboten hatte. Nachdem das Grundstück dem Käufer im Grundbuche zugeschrieben worden war, klagte jener Aktionär gegen den Käufer und gegen die Gesellschaft auf Wiederaufhebung des Kaufes. Er bestritt die Rechtsgültigkeit des Genehmigungsbeschlusses, weil der freihändige Verkauf des Gesellschaftsgrundstückes an die Zustimmung aller Aktionäre oder doch an die einhellige Genehmigung der zur Generalversammlung Erschienenen gebunden sei. Die Klage wurde in den Vorinstanzen aus folgenden Gründen abgewiesen.

1. Der einstimmige Beschluß der Generalversammlung vom 8. Oktober 1879 habe die Veräußerung des Gesellschaftsgrundstückes ohne Unterschied, ob dieselbe durch öffentliche Versteigerung oder aus freier Hand geschehe, von der Genehmigung der Generalversammlung abhängig gemacht, mithin anerkannt nicht nur, daß die Generalversammlung ferner noch fortbestehe, sondern auch, daß sie, da einer der in den Statuten erwähnten Ausnahmefälle[1] nicht vorliege, sogar über den freihändigen

[1] Die Statuten erforderten drei Viertel der vertretenen Stimmen zu Beschlüssen über Änderung und Auslegung der Statuten, über Aufhebung von Gene-

Verkauf mit einfacher Stimmenmehrheit entscheiden dürfe. Abgesehen hiervon aber fehle es der Klage

2. noch deshalb an der rechtlichen Begründung, weil sich aus Artt. 244 und 137 Abs. 2 H.G.B. nicht folgern lasse, daß die Liquidatoren einer Aktiengesellschaft die Zustimmung der sämtlichen Aktionäre einzuholen hätten, wenn sie die Veräußerung unbeweglicher Sachen anders, als durch öffentliche Versteigerung, bewirken wollten. Vielmehr genüge hierzu regelmäßig, soweit nicht besondere Ausnahmevorschriften einschlügen, ein mit einfacher Stimmenmehrheit gefaßter Genehmigungsbeschluß der Generalversammlung, welche selbst noch während der Liquidation das die Gesamtheit der Aktionäre repräsentierende Organ derselben bleibe.

Der Kläger legte Revision ein, jedoch erfolglos. Das Reichsgericht ließ den Abweisungsgrund unter 1 unerörtert, trat aber den Erwägungen unter 2 bei.

Gründe:

„Daß die Organe einer Aktiengesellschaft, insbesondere die Generalversammlung (Art. 231. Abs. 2 H.G.B.), auch noch während der Liquidation für die Zwecke und bis zur Beendigung derselben, soweit es sich mit dem Wesen der Liquidation verträgt, in Wirksamkeit verbleiben, hat der Revisionskläger nicht bestritten. Daher bedarf es keiner weiteren Rechtfertigung dieses Satzes, welcher durch die praktische Notwendigkeit geboten und jetzt in der Rechtsprechung ziemlich allgemein anerkannt ist.[1] Geht man aber hiervon aus, so unterliegt auch die weitere Annahme, daß der einzelne Aktionär in Liquidationsangelegenheiten sich den verfassungsmäßig zustande gebrachten Beschlüssen der Generalversammlung unterwerfen muß, keinem Bedenken. Die Generalversammlung bildet fortgesetzt noch das Mittel, durch welches der Wille der Gesamtheit thätig wird und zur äußerlichen Erscheinung gelangt. Da die den Aktionären in den Angelegenheiten der Gesellschaft zuständigen Rechte in der Generalversammlung ausgeübt werden sollen (Art. 224 Abs. 1 H.G.B.), so ist die Gesamtheit als ein selbständiges einheitliches

---

ralversammlungsbeschlüssen, über Vergrößerung des Aktienkapitales, über Liquidation der Gesellschaft.

[1] Entsch. des R.O.H.G.'s Bd. 16 Nr. 69 S. 286 flg.; Bd. 17 Nr. 14 S. 45; Bd. 19 Nr. 54 S. 163; Bd. 24 Nr. 58 S. 223 flg. D. E.

Rechtssubjekt zu betrachten. Dasselbe kann nur einen Willen haben und eben deshalb darf die zunächst für die Liquidation der offenen Handelsgesellschaft erteilte Vorschrift im Abs. 2 Art. 137 H.G.B. auf die Liquidation der Aktiengesellschaft nicht wörtlich, nicht so angewendet werden, daß zu der nicht durch öffentliche Versteigerung bewirkten Veräußerung des Gesellschaftsgrundstückes die Zustimmung sämtlicher Aktionäre zu erfordern wäre. An die Stelle der „Zustimmung der sämtlichen Gesellschafter" tritt bei der Aktiengesellschaft die Zustimmung der Generalversammlung, eine Willenserklärung, die nur in der gesetz- und statutenmäßigen Weise erfolgt zu sein braucht, um gegen alle Gesellschafter, auch gegen die in der Generalversammlung nicht erschienenen oder überstimmten Aktionäre Wirkung zu äußern. Wenn Art. 244 Abs. 2 H.G.B. „die bei der offenen Handelsgesellschaft über das Rechtsverhältnis der Liquidatoren gegebenen Bestimmungen" auf die Liquidation der Aktiengesellschaft angewendet wissen will, so sind damit selbstverständlich nur die anwendbaren Rechtssätze gemeint. Dies wird auch von Thöl (Handelsrecht Bd. I. §. 176. S. 536 der 6. Aufl.) mit Recht betont; und auf Aktiengesellschaften ist Abs. 2 des Art. 137 insofern nicht vollständig anzuwenden, als die hier aufgestellte Regel zwei oder mehrere zu selbständiger Willensäußerung befugte Personen vor Augen hat, während bei Aktiengesellschaften über Gesellschaftsangelegenheiten der Wille einer einzigen Person, der in der Generalversammlung durch die Abstimmung ermittelte Wille der Gesamtheit, den Ausschlag giebt. Gerade hierin unterscheidet sich die Aktiengesellschaft sehr wesentlich von der offenen Handelsgesellschaft und dieses Unterschieds wegen darf der Vorschrift des Art. 244 Abs. 2 im Zusammenhang mit Art. 137 Abs. 2 nicht die Tragweite beigelegt werden, welche der Revisionskläger ihr beizulegen sucht. Denselben Schutz, den Art. 137 Abs. 2 den Mitgliedern der offenen Handelsgesellschaft gegen etwaige Vollmachtsüberschreitung der Liquidatoren gewährt, genießen auch die Mitglieder der Aktiengesellschaft, nur sind sie insoweit nicht als einzelne, sondern lediglich in der Gesamtheit schutzberechtigt. Denn dabei handelt es sich nicht um Sonderrechte des einzelnen, nicht um Rechte, vermöge derer der einzelne der Gesamtheit wie ein Gläubiger gegenübersteht (vergl. Entsch. des R.O.H.G.'s Bd. 23 Nr. 91 S. 274 flg.). Die im Verlaufe der Liquidation vorgenommene Veräußerung unbeweglicher Sachen ist vielmehr recht eigentlich eine Angelegenheit der Gesell-

schaft (Art. 224 H.G.B.), weil das Eigentum am Gesellschaftsgrundstücke „der Aktiengesellschaft als solcher" zusteht (Art. 213 Abs. 1 H.G.B.); sie als solche übt demnach auch das Recht zur Verfügung über das Grundstück aus.

Allerdings können die Statuten einer Aktiengesellschaft für gewisse Fälle bestimmen, daß in der Generalversammlung nicht die einfache Stimmenmehrheit entscheide, daß vielmehr über einzelne Gegenstände durch eine größere Stimmenmehrheit oder nach anderen Erfordernissen Beschluß zu fassen sei (Art. 209 Nr. 11 H.G.B.). Ein solcher Gegenstand ist aber hier nicht in Frage. Zu den Angelegenheiten, für welche die Statuten der beklagten Gesellschaft drei Vierteile der vertretenen Stimmen zu gültigen Beschlüssen der Generalversammlung verlangen, gehört der Beschluß über Veräußerung der Gesellschaftsgrundstücke nicht. Daher erscheint es ohne Einfluß, daß der von dem Kläger angefochtene Beschluß nur mit einfacher Mehrheit gefaßt worden ist." ...

---

## 17. Klage des Gläubigers einer offenen Handelsgesellschaft aus einem die Gesellschaft verurteilenden Erkenntnisse gegen einen Gesellschafter.

I. Civilsenat. Urt. v. 8. Dezember 1880 i. S. F. (Bekl.) w. P. (Kl.) Rep. I. 117/80.

I. Landgericht Berlin.
II. Kammergericht daselbst.

Aus den Gründen:

„Die offene Handelsgesellschaft hat keine besondere Persönlichkeit. Subjekte des Gesellschaftsvermögens sind die Handelsgesellschafter. Die Gesellschaftsfirma ist der Name, unter welchem die einzelnen Gesellschafter unter Bezugnahme auf das gesellschaftliche Verhältnis zusammengefaßt werden. Wird die offene Handelsgesellschaft unter ihrer Firma verklagt, so werden die einzelnen Gesellschafter verklagt, und ist die Klage einem zur Vertretung der Gesellschaft berechtigten Gesellschafter

behändigt, so ist die Rechtshängigkeit gegen alle aktuellen Gesellschafter begründet. Das gegen die Gesellschaft ergangene verurteilende Erkenntnis ist mithin gegen alle einzelnen Gesellschafter und zwar gegen dieselben als Korrealschuldner ergangen.

Hieraus folgt jedenfalls soviel, daß der einzelne Gesellschafter gegenüber dem dieses Erkenntnis gegen ihn geltend machenden Gesellschaftsgläubiger solche Einwendungen nicht mehr vorbringen kann, welche in dem gegen die Gesellschaft geführten Prozeß vorgeschützt worden waren oder hätten vorgeschützt werden müssen. Eine weitere Frage ist, auf welchem Wege der Gesellschaftsgläubiger das erstrittene Erkenntnis gegen den einzelnen Gesellschafter geltend machen kann, namentlich, ob er aus demselben sofort Exekution zu nehmen berechtigt ist, oder ob er ein solches Verfahren wählen muß, in welchem dem Gesellschafter die Möglichkeit gegeben wird, alle ihm möglicherweise aus seiner Person oder einem etwaigen zwischen ihm und dem Gesellschaftsgläubiger bestehenden besonderen Rechtsverhältnis zustehenden Einwände, welche im Prozeß gegen die Gesellschaft nicht vorgebracht werden konnten (aber freilich auch nur diese Einwendungen), geltend zu machen, ob der Gesellschaftsgläubiger also eine besondere Klage aus dem Erkenntnis anstellen muß.[1]

Im vorliegenden Fall kann diese Frage unerörtert bleiben, weil eine besondere Klage angestellt ist, gegen dieselbe aber nur solche Einwendungen vorgebracht sind, welche, da sie gegen die Entstehung der Gesellschaftsschuld an sich gerichtet sind, nach dem gegen die Gesellschaft rechtskräftig ergangenen Erkenntnis vom einzelnen Gesellschafter nicht mehr vorgebracht werden können.

Mit Recht ist sonach das dem Beklagten verurteilende erste Erkenntnis vom zweiten Richter bestätigt worden, und es entsprechen die Gründe, auf welchen das angefochtene Erkenntnis beruht, den vorstehenden Ausführungen. Die vom Imploranten geltend gemachten Verletzungen der Grundsätze von der Rechtskraft und von den Folgen der Klagebehändigung sind mithin unerfindlich."

---

[1] Vgl. v. Hahn, Kommentar zum H.G.B. Bd. I. 3. Auflage. Art. 112. §§. 7. 9.

## 18. Bildet jeder Betrag, mit welchem ein Handelsgesellschafter in den Büchern der Gesellschaft belastet ist, den Gegenstand einer Forderung der Gesellschaft gegen ihn?

I. Civilsenat. Urt. v. 11. Dezember 1880 i. S. R. (Bekl.) w. E. (Kl.) Rep. I. 129/80.

I. Kreisgericht Greifenberg.
II. Appellationsgericht Stettin.

Aus den Gründen:

„Der einzelne Handelsgesellschafter kann Schuldner der Gesellschaft werden mit der Wirkung, daß er verpflichtet ist, den Betrag seiner Schuld in die Gesellschaftskasse zu zahlen, und diese Verpflichtung ist immer dann vorhanden, wenn er unbefugt Gelder aus der Gesellschaftskasse für sich entnommen hat. Dagegen entsteht ein derartiges Schuldverhältnis nicht notwendig immer dann, wenn er befugter Weise Gelder aus der Gesellschaftskasse entnommen hat. Entnimmt er Gelder innerhalb der Schranken des Art. 108 Abs. 2 H.G.B., so ist er zur Rückzahlung derselben nicht verpflichtet. Die entnommenen Beträge werden ihm zwar zur Last geschrieben, aber es geschieht dies nur zum Zweck der Berechnung am Schluß des Geschäftsjahres. Das Gleiche gilt von denjenigen Beträgen, welche er nach einer von den Gesellschaftern getroffenen Übereinkunft aus der Gesellschaftskasse entnehmen darf. Nach dem Zugeständnis des Beklagten in der Duplik hatte, abgesehen von dem gemeinschaftlichen Haushaltungskonto, jeder der Gesellschafter ein besonderes Konto für seine speciellen Ausgaben. Es war also vereinbart, daß jeder Gesellschafter berechtigt sein solle, gewisse zur Befriedigung seiner besonderen Bedürfnisse erforderliche Beträge zu entnehmen. Da diese Beträge ihm in derselben Weise zur Last zu schreiben waren, wie jedem Dritten der Betrag einer der Gesellschaft gegen ihn zustehenden Forderung, so erschien er zwar äußerlich als Gesellschaftsschuldner, allein er war es, soweit er sich innerhalb seiner vertragsmäßigen Befugnisse gehalten, in Wahrheit nicht, er war nicht verpflichtet, die ihm debitierten Beträge zurückzuzahlen; dieselben waren ihm vielmehr nur am Schlusse des Geschäftsjahres bei Feststellung seines Gesellschaftsanteiles in Anrechnung zu bringen. Daß aber der Kläger sich bei dem Entnehmen auf sein besonderes Konto

nicht innerhalb der vertragsmäßigen Grenzen gehalten, wird vom Beklagten selbst nicht behauptet.

Hieraus folgt, daß wenn bei Auflösung der Gesellschaft der Beklagte sämtliche Aktiva der Gesellschaft übernahm, daraus keineswegs mit Notwendigkeit folgt, daß er damit auch eine Forderung gegen den Kläger auf diejenigen Beträge erworben hatte, welche diesem auf seinem Specialkonto debitiert waren, so daß es, wenn das Gegenteil angenommen werden sollte, eines Verzichts bedurft hätte. Es war vielmehr Sache des mit der Auslegung des Vertrages betrauten Richters zu prüfen und festzustellen, was unter dem von den Kontrahenten gebrauchten Ausdruck: „Gesellschaftsaktiva" zu verstehen sei, ob nur die (wirklichen) Forderungen der Gesellschaft, deren Realisierung also der Gesellschaft selbst zugestanden hatte, oder aber alle diejenigen Posten, welche der Gesellschaft in den Büchern kreditiert waren. Die vorigen Richter haben (wie dies auch sicherlich der Intention der Kontrahenten bei Abschluß des Vertrages entspricht) den Vertrag im ersteren Sinn ausgelegt, diese Auslegung entzieht sich der Nachprüfung in dieser Instanz. Sie verstößt aber auch, da von einer Verzichtleistung nicht die Rede ist, weder gegen §. 134 A.L.R. I. 5, noch gegen §. 381 A.L.R. I. 16, noch endlich, da es sich nicht um ein Darlehn handelt, gegen §. 727 A.L.R. I. 11."

---

## 19. Inwieweit ist der Nehmer eines Blankoacceptes zur Domizilierung des Wechsels ermächtigt?

II. Civilsenat. Urt. v. 3. Dezember 1880 i. S. Weiske (Widerkl.) w. S. (Widerbekl.) Rep. II. 16/80.

I. Bezirksgericht Borna.
II. Oberlandesgericht Dresden.

Weidler hatte seinem Gläubiger S. zu dessen Sicherstellung Wechsel mit Weiskes Unterschrift zu geben versprochen, ihm auch darauf drei gedruckte Formulare gezogener Wechsel eingehändigt, welche von Weiske als Aussteller unterschrieben und in blanco giriert, ferner von Weidler

für gewisse Summen acceptiert, sonst aber unausgefüllt waren. S. füllte später die Formulare aus. Er bezeichnete den Aussteller als Remittenten, gab in der Adresse den Wohnort des Acceptanten (Lustau) an und fügte Domizilvermerke bei, auf das Bankhaus H. & S. in Leipzig lautend. Dort wurden die Wechsel zur Verfallzeit protestiert. S. erhob Wechselklage gegen den Aussteller und dieser forderte die ihm abgenötigte Zahlung mit der Widerklage zurück, indem er einwendete: S. sei zur Beisetzung der Domizilvermerke nicht befugt gewesen. S. behauptete einredeweise, daß Weidler ihm vor Aushändigung der Blankette mitgeteilt habe: Er, Weidler, domiziliere alle seine Wechsel bei H. & S. in Leipzig. — Das Reichsgericht hielt die Widerklage für begründet, beachtete aber die Einrede aus folgenden

Gründen:

„Mit der Hingabe und Annahme der fraglichen Wechselblankette erwarb zwar der Widerbeklagte das Recht, die Blankette zu formrichtigen gezogenen Wechseln umzugestalten und sich dadurch wechselmäßige Ansprüche gegen Weidler als Acceptanten, nicht minder gegen den Widerkläger als Aussteller und Indossanten zu verschaffen. Auch die Art der Ausfüllung stand, soweit nicht schon in den Accepten die Wechselbeträge festgesetzt waren, in seinem freien Ermessen. Daß ihm ein solches Ausfüllungsrecht zukam, läßt sich nicht bezweifeln, wenn die Umstände erwogen werden, unter denen die Blankette in seinen Besitz gelangten. Weidler schuldete ihm Geld. Er hatte deshalb im Jahre 1870 von Weidler Sicherstellung gefordert und sich bereit erklärt, Wechsel mit Weiskes, des Widerklägers, Unterschrift als Sicherheit anzunehmen. Weiske ist darauf von Weidler mit der Bitte angegangen worden, ihm einige Wechsel mit seiner Unterschrift zu geben, da „ein Gläubiger von ihm" seiner Sicherung halber derartige Wechsel verlange. Dabei hat Weidler die drei, damals erst mit seinen Accepten versehenen, Blankette vorgelegt. Diese hat Weiske nunmehr unterzeichnet, giriert und dem Weidler wieder ausgehändigt, von welchem sie nachher in unverändertem Zustande dem Widerbeklagten überlassen wurden... Dem Sicherstellungszwecke, zu dessen Erreichung hiernach die Blankette von Weiske und Weidler gegeben, von dem Widerbeklagten genommen worden waren, konnten sie nur dienen, wenn der Widerbeklagte die offen gebliebenen Stellen entsprechend ausfüllte. Daß die Geber jenen Zweck wollten, erhellt aus den die Hingabe begleitenden Vorgängen. In der Hingabe

liegt daher die stillschweigende Ermächtigung des Empfängers zur Ausfüllung.

Immerhin jedoch hätte, ohne den Hinzutritt noch weiterer Thatsachen, der Widerbeklagte sich nicht für ermächtigt achten dürfen, den Wechseladressen Domizile beizuschreiben. Der Nehmer eines Blankoacceptes ist im Zweifel lediglich befugt, demselben die regelmäßige Form einer Tratte zu geben. Sein Ausfüllungsrecht erstreckt sich sonach nicht mit auf die Domilizierung. Denn daß der Trassat selbst in seinem Wohnorte die Zahlung leistet, bildet die Regel. Dagegen ist die Bestimmung eines von seinem Wohnorte verschiedenen Zahlungsortes als Ausnahme zu betrachten, schon darum, weil der Bezogene die Mittel zur Zahlung gewöhnlich nur an seinem Wohnorte bereit hält. Soll der Blankettnehmer den Wechsel domizilieren dürfen, so muß ihm das ausdrücklich oder doch durch Äußerungen oder Handlungen verstattet sein, aus denen auf den bezüglichen Willen des Gebers sicher geschlossen werden kann. Das Reichsgericht trägt kein Bedenken, den Ausführungen sich anzuschließen, welche hierüber in den .... Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts[1] enthalten sind. Bis auf weiteres haben demnach die Domizilvermerke des Widerbeklagten als abredewidrige Zusätze zu gelten, so daß die bei dem Domiziliaten geschehene Protesterhebung dem Widerkläger gegenüber wirkungslos und nicht geeignet erscheint, das Regreßrecht zur Entstehung zu bringen, auf welchem die Verurteilung Weiskes im Wechselprozesse beruht. Dem Widerbeklagten würde mithin die Rückerstattung des ihm zufolge dieser Verurteilung Geleisteten obliegen, wenn er nicht Thatsachen beizubringen vermöchte, welche erkennen lassen, daß ihm die in Rede stehende Domizilierung erlaubt war.

Abweichend von dem vorigen Urteile findet nun aber die jetzige Instanz in der .... ersichtlichen Behauptung des Widerbeklagten eine nach der soeben bezeichneten Richtung hin beachtliche Einrede. Daß die Bestimmung des Zahlungsortes zunächst Sache des Ausstellers, nicht des Bezogenen ist, mag nicht bestritten werden. Ebensowenig aber läßt sich bezweifeln, daß der Aussteller dem Bezogenen überlassen kann, den

[1] Entsch. Bd. 3 S. 51 flg. Nr. 9; Bd. 14 S. 382 flg. Nr. 118; Bd. 15 S. 431 flg. Nr. 122; Bd. 23 S. 211 flg. Nr. 73; Bd. 23 Nr. 38 S. 126. D. E.

Zahlungsort zu bestimmen; und gegenwärtigen Falles darf eine solche Überlassung angenommen werden. Denn der Widerkläger, welcher dem Weidler die drei Blankette zu beliebiger Verwendung für die Sicherstellung eines seiner Gläubiger anvertraut hatte, ohne nur nach dem Namen des Gläubigers und nach der sonstigen Beschaffenheit der zu sichernden Forderungsrechte zu fragen, war augenscheinlich bei der Wahl des Zahlungsortes, namentlich dabei, daß die Wechsel im Wohnorte Weidlers zahlbar gemacht wurden, nicht interessiert. Ihm kam es ganz allein darauf an, durch die Wechselzeichnung eine bürgschaftliche Verpflichtung für Schulden Weidlers einzugehen. Von seinem Standpunkte aus hatte er nur zu erwarten, daß, wenn der sicherzustellende Gläubiger von der Bürgschaft Gebrauch machte, der Hauptschuldner, der Acceptant, überhaupt keine Zahlung geleistet haben, und daß alsdann der Gläubiger sich an ihn, den Aussteller, halten würde. Für diesen Fall war es offenbar gleichgültig, wo die Wechsel dem Acceptanten zur Zahlung vorgelegt wurden. Die Vorlegung bei dem Acceptanten stellt sich dann als bloße Form dar, welche der Gläubiger nur zu beobachten hatte, um den Widerkläger aus den Wechseln in Anspruch nehmen zu können. Der Widerkläger muß daher gegen sich gelten lassen, daß er die Ausfüllung der Wechseladresse, die Angabe des Zahlungsortes, ganz ebenso in die Willkür Weidlers gestellt habe, wie die Ergänzung anderer wichtigerer Bestimmungen, insbesondere auch die Festsetzung der Zahlungszeit. Er seinerseits ist mithin keinesfalls in der Lage, die spätere Domizilierung der Wechsel als seinem Willen entgegenlaufend zu bezeichnen. Es fragt sich nur noch, ob der Widerbeklagte im Einverständnisse mit Weidler handelte, wenn er die Wechsel bei dem Bankhause H. & S. in L. domizilierte. Dazu würde er allerdings einer besonderen Ermächtigung bedurft haben. Dem Weidler konnte recht wohl daran gelegen sein, daß der Widerbeklagte, ehe er den widerbeklagten Bürgen um Zahlung anging, die Wechsel vorerst ihm, dem Hauptschuldner, zur Zahlung vorlegte. Für ihn war somit die Bestimmung des Zahlungsortes nicht bedeutungslos. Hatte er indessen dem Widerbeklagten früher bereits die Mitteilung gemacht: „er domiziliere alle seine Wechsel bei H. & S. in L.," so durfte der Widerbeklagte in der That voraussetzen, daß eine gleichartige Domizilierung der vorliegenden Wechsel dem Willen des Acceptanten gemäß sei, daß er die von letzterem versprochene Zahlung nicht an dessen Wohnorte, sondern eben-

falls da zu suchen haben werde, wo Weidler sonst die Mittel zur Erfüllung seiner Wechselverbindlichkeiten bereit zu halten pflegte.

Unter so bewandten Verhältnissen war die Entscheidung der Sache von der Leistung des über die .... vorgeschützte Einrede angetragenen und angenommenen Eides abhängig zu machen." ...

---

## 20. Welche rechtliche Wirkung hat die Zusage des Verkäufers, „auf Anfordern ein Mehrquantum zu liefern", und das Versprechen des Käufers, keine Waren der fraglichen Art von einer anderen Firma zu kaufen?

I. Civilsenat. Urt. v. 9. Februar 1881 i. S. D. (Kl.) w. B. (Bekl.) Rep. I. 884/80.

I. Landgericht Lübeck.
II. Oberlandesgericht Hamburg.

Die Parteien hatten im August 1879 einen Vertrag dahin geschlossen, daß der Kläger dem Beklagten in den Monaten Oktober, November, Dezember 1879 bestimmte Qualitäten Hamburger Gascokes für 176 M. per 120 Doppel-Hektoliter und „zum Preise von 178 M. den Bedarf des Beklagten vom Januar bis März 1880, der monatlich auf 5 Doppelwagen angenommen wird, franko Lübeck zu liefern hatte." Der Kläger „verflichtete sich ferner, dem Beklagten vom Oktober bis inkl. März ein Mehrquantum, als kontrahiert, zum Preise von 178 M. zu liefern; dagegen übernahm der Beklagte die Verpflichtung, vom Oktober 1879 an überhaupt keine Kruppschen oder andere Gascokes irgend einer anderen Firma zu kaufen."

Der Beklagte machte verschiedene Bestellungen über das feste Quantum, welche der Kläger jedoch nicht alle effektuierte. Den ihm aus der Nichtlieferung entstandenen Schaden macht der Beklagte compensando und reconveniendo gegen die auf Zahlung der vom Kläger dem Beklagten im Januar 1880 gelieferten Cokes gerichteten, vom Beklagten zugestandenen Klage geltend.

Der erste Richter nahm den Anspruch des Beklagten nicht als begründet an und erkannte dem Klageantrag gemäß. Auf Berufung des

Beklagten hob der zweite Richter das erstinstanzliche Urteil auf und erkannte den Kläger schuldig, dem Beklagten für die Nichtlieferung von 68 Doppelwagen Cokes Schadensersatz zu leisten. Auf Revision des Klägers hob das Reichsgericht dieses Urteil auf und verwies die Sache in die zweite Instanz zurück.

Aus den Gründen:

„Das Oberlandesgericht tritt der Auffassung des Landgerichts bei, daß betreffs des über das kontraktlich fest bestimmte Quantum zu liefernden Mehrquantums ein Lieferungsvertrag wegen Unbestimmtheit des Objektes nicht perfekt geworden sei; allein es nimmt weiter an, daß die Übereinkunft, „nach Anforderung ein Mehrquantum zum Preise von 178 M. zu liefern", doch jedenfalls bewirke, daß der Kläger sich auf eine Mehrbestellung des Beklagten zu erklären verpflichtet und daß das Unterlassen einer Erklärung als Acceptation aufzufassen sei.

War in der Übereinkunft eine obligatorische Willenserklärung enthalten, und dies stellt das Oberlandesgericht implicite fest, mußte dieselbe also rechtliche Bedeutung haben, so war die vom Oberlandesgericht angenommene Rechtswirkung sicherlich das mindeste, was man aus der Übereinkunft betreffs des Mehrquantums herleiten konnte. Der Revisionskläger will dies deswegen bestreiten, weil Art. 323 H.G.B. Schweigen auf Offerte nur in dem Falle für Acceptation erklärt, wenn ein Kaufmann einem anderen Kaufmann, mit welchem er in Geschäftsverbindung steht; einen Auftrag giebt. Allein diese gesetzliche Bestimmung ist vom Oberlandesgericht nicht angeführt und kommt hier überhaupt nicht in Betracht, da nicht aus der zwischen den Parteien bestehenden Geschäftsverbindung argumentiert wird, sondern aus der über die Mehrlieferung geschlossenen Übereinkunft. Somit liegt also ein Rechtsirrtum nicht vor. . . .

Den Einwand, welchen Kläger daraus entnimmt, daß der Beklagte der Übereinkunft, keine Cokes von einer anderen Firma zu kaufen, zuwider gehandelt habe, versucht das Oberlandesgericht durch zwei Argumente zu beseitigen.

a. Aus der Korrespondenz gehe hervor, „daß der Kläger wußte, Beklagter habe von Kr. Cokes bezogen, gleichwohl aber nicht daran dachte, sich vom Vertrage loszusagen, so daß Kläger sich durch diese Briefe jedenfalls präjudiziert haben würde."

Diese Schlußfolgerung ist eine rechtsirrtümliche. Dadurch, daß

ein Kontrahent das vertragswidrige Handeln des anderen Kontrahenten nicht alsbald, nachdem er davon erfahren, rügt und seine daraus entstandenen Ansprüche wahrt, liegt an sich kein Verzicht auf sein vertragsmäßiges Recht und die Geltendmachung desselben. Etwas weiteres wird aber zur Geltendmachung eines Verzichts nicht angeführt.

b. Das Oberlandesgericht fährt fort: „Überhaupt aber konnte Beklagter durch solchen anderweiten Bezug von Cokes nur dann seiner Kontraktrechte verlustig gehen, wenn Kläger seinerseits alles zu liefern bereit und imstande war, was Beklagter bestellte."

Dies Argument ist an sich richtig, allein daraus folgt noch nicht, daß der Beklagte alsbald, nachdem der Kläger mit einer Lieferung in Verzug kam, von der einen Vertragsbestimmung abgehen, im übrigen aber am Vertrag festhalten durfte. Kam der Kläger in Verzug, so konnte der Beklagte eines der drei Rechte, welche Artikel 355 H.G.B. dem nicht säumigen Käufer gewährt, wählen. Hatte er sich für das dritte Recht entschieden, so war von einem Schadensanspruch für ihn keine Rede mehr. Hatte er sich für das zweite Recht entschieden, so konnte er anderweite Käufe vornehmen und dieselben als Deckungskäufe seiner Schadensberechnung zu Grunde legen; er konnte sie aber auch ganz ignorieren und seinen Schaden anders begründen. Allein, bevor der Beklagte eine Erklärung, eines der beiden letzteren Rechte zu wählen, abgegeben hatte, blieb der Vertrag in seiner Totalität bestehen, also auch das Verbot, anderweit einzukaufen. Kaufte der Beklagte anderweit Cokes ein, so machte er sich einer Vertragsverletzung schuldig.

Es liegt also hier ein Rechtsirrtum des Oberlandesgerichts vor, welcher zur Aufhebung des Urteils führt.

Im Thatbestand des ersten Urteils, auf welchen der Thatbestand des zweiten Urteils sich bezieht, wird auf die vorbereitenden Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen. Aus der mit der Klagebeantwortung vorgelegten, vom Kläger anerkannten Korrespondenz der Parteien ergiebt sich aber nicht, daß vor dem 22. Dezember 1879 der Beklagte eine Erklärung, vom Vertrag abgehen zu wollen, gegeben, und ist dies auch nicht behauptet. Hatte der Beklagte also damals schon von Kr. Cokes gekauft und bestand das vertragsmäßige Verbot noch, so hatte der Beklagte den Vertrag verletzt. Die Briefe vom 22. und 24. Dezember

1879 enthalten nun auch eine ausdrückliche Rüge dieser Vertragsverletzung, und der Kläger erklärt bestimmt, daß er nunmehr nicht mehr zur Lieferung des Mehrquantums verpflichtet sei.

Es kommt also zunächst darauf an, ob die im Thatbestand des ersten Erkenntnisses erwähnte Behauptung des Beklagten, die betreffende Vertragsbestimmung sei mündlich aufgehoben worden, begründet sei, und war die Sache zur Erledigung dieser Frage und weiteren Verhandlung und Entscheidung in die zweite Instanz zurückzuverweisen."

---

## 21. Ist wegen Gebrauches einer nach dem Markenschutzgesetz vom 30. November 1874 nicht als widerrechtlich anzusehenden Warenbezeichnung eine Entschädigungsklage aus Art. 1382 Code civil zulässig?

II. Civilsenat. Urt. v. 30. November 1880 i. S. A. (Kl.) w. M. (Bekl.) Rep. II. 295/80.

I. Handelsgericht Mainz.
II. Oberlandesgericht Darmstadt.

Die unter der Firma „Apollinarisbrunnen, vormals Kreuzberg" zu Remagen bestehende Aktiengesellschaft behauptet, daß der in Mainz wohnende Beklagte das Wasser der Salzquelle zu Cronthal im Taunus mit der Bezeichnung „Apollinisbrunnen" und mit einer, ihrem angemeldeten Warenzeichen nachgebildeten Marke in den Handel bringe und feilhalte. Die auf §. 13 Abs. 2 und §. 18 des Reichsgesetzes vom 30. November 1874, sowie auf Artt. 1382 und 1383 Code civil gestützte Klage ging dahin, daß dies dem Beklagten untersagt und derselbe zum Schadensersatz verurteilt werde. Das Handelsgericht hat nach dem Klageantrag erkannt und die Liquidation des Schadens vorbehalten. Auf die Berufung des Beklagten wies das Oberlandesgericht die Klage insoweit ab, als es sich um den Gebrauch der Bezeichnung „Apollinisbrunnen" handelt, verwarf dagegen die Berufung, insoweit der Beklagte für nicht berechtigt erklärt ist, das Wasser von Cronthal mit den in der Klage beschriebenen Marken auf den Krügen, Zinnkapseln, Korken und Etiketten in den Handel zu bringen und feilzubieten.

Die von der Klägerin eingelegte Revision wurde zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

„In der gegenwärtigen Instanz handelt es sich nur noch darum, ob das Oberlandesgericht mit Recht unter teilweiser Annahme der Berufung des Beklagten denselben für berechtigt erklärt hat: „das Wasser der Salzquelle des Bades Cronthal mit der Bezeichnung Apollinisbrunnen in den Handel zu bringen und feilzuhalten".

Das Oberlandesgericht hat diese Entscheidung auf §. 10 Abs. 1 des Markenschutzgesetzes vom 30. November 1874 gestützt, wonach durch die Anmeldung eines Warenzeichens, welches Buchstaben oder Worte enthält, niemand gehindert wird, seinen Namen oder seine Firma, sei es auch in abgekürzter Gestalt, zur Kennzeichnung seiner Waren zu gebrauchen. Weiter ist in den Gründen ausgeführt, „daß für die Besitzer des Cronthaler Wassers nichts im Wege gestanden hätte, auf ihre Warenzeichen den Namen Apollinisbrunnen zu setzen, wenn nur im sonstigen denselben mit den früher bestandenen Warenmarken der Klägerin eine Verschiedenheit gegeben worden wäre, zu deren Erkennung es nicht der Anwendung besonderer Aufmerksamkeit bedurft hätte."

Nun war freilich die vom Beklagten in Anspruch genommene Befugnis zur Bezeichnung seiner Ware mit dem Worte „Apollinisbrunnen" nicht nur im Verhältnis zu dem von der Klägerin angemeldeten Warenzeichen (Figurenzeichen) zu prüfen; denn die §§. 13. 14 und 18 des Markenschutzgesetzes gewähren, abgesehen von angemeleten Warenzeichen, jedem inländischen Handeltreibenden einen Schutz gegen die widerrechtliche Bezeichnung von Waren mit seinem Namen oder seiner Firma, wie dies auch schon nach dem aufgehobenen §. 287 des Strafgesetzbuchs der Fall war.

Aber auch in dieser Richtung läßt die angefochtene Entscheidung eine Rechtsverletzung nicht erkennen.

Zunächst enthält die Bezeichnung „Apollinisbrunnen" schon deshalb nicht eine Anwendung des klägerischen Namens, weil die Klägerin als Aktiengesellschaft einen Namen im Sinne der angeführten Paragraphen des Markenschutzgesetzes nicht hat, Art. 18 H.G.B.

Ferner muß in der Entscheidung des Oberlandesgerichts die thatsächliche Feststellung gefunden werden, daß die klägerische Firma: „Apollinarisbrunnen, vormals Georg Kreuzberg" durch die Bezeichnung

„Apollinisbrunnen" nicht mit Abänderungen wiedergegeben ist, welche nur durch Anwendung besonderer Aufmerksamkeit wahrgenommen werden können, §. 18 des Markenschutzgesetzes.

Hiernach bleibt nur noch zu untersuchen, ob die Klägerin die Bestimmung des Art. 1382 Code civil insoweit für sich anrufen kann, als sie behauptet, daß ihre Ware thatsächlich unter der Benennung „Apollinarisbrunnen" im Verkehr sei, und daß der Beklagte, welcher durch Annahme der Warenbezeichnung „Apollinisbrunnen" doloser Weise eine Täuschung des Publikums zum Nachteil der Klägerin bezwecke, abgesehen von den Bestimmungen des Markenschutzgesetzes sich hierdurch einer widerrechtlichen Handlung schuldig mache.

Indessen kann eine Anwendbarkeit des Art. 1382 Code civil in dieser Hinsicht nicht zugestanden werden. Das Markenschutzgesetz hat sich, wie schon die Einleitung zu den Motiven des Entwurfs deutlich ergiebt (Reichstagsverh. 1874/75 Nr. 20), zur Aufgabe gestellt, den Schutz der Warenbezeichnungen, mögen dieselben in willkürlich gewählten Figuren oder in Namen und Firmen bestehen, auch civilrechtlich für das Deutsche Reich einheitlich und erschöpfend zu regeln; damit wäre es aber unvereinbar, eine Handlung, welche nach dem Markenschutzgesetz erlaubt ist, im Geltungsgebiete des Art. 1382 Code civil als eine widerrechtliche, welche zum Schadensersatz verpflichten würde, anzusehen."

---

## 22. 1. Begriff öffentlicher Wappen im Sinne des §. 3 Abs. 2 des Markenschutzgesetzes.
## 2. Kann sich derjenige, der die Anmeldung versäumt hat, dem Anmeldenden gegenüber auf seinen früheren Besitzstand berufen?
## 3. Freizeichen als Bestandteil eines Warenzeichens.

II. Civilsenat. Urt. v. 21. Dezember 1880 i. S. H. (Bekl.) w. O. (Kl.) Rep. II. 328/80.

I. Landgericht Münster.
II. Oberlandesgericht Hamm.

Die Firma O., in Amsterdam und Ahaus ansässig, führt schon seit langer Zeit (ihrer Behauptung nach seit 100 Jahren) für ihre

Tabaksfabrikate ein Warenzeichen, bestehend aus dem Wappen der Stadt Amsterdam und verschiedenen beigefügten Inschriften und Zeichen, das sie im September 1875 zu Ahaus anmeldete.

Wegen Nachahmung dieses Warenzeichens erhob sie Klage gegen die Firma H., welche für begründet erachtet wurde, und zwar in der Revisionsinstanz aus folgenden

Gründen:

„1. Was zunächst den Einwand betrifft, es sei das Warenzeichen der Klägerin ein nach §. 3 Abs. 2 des Markenschutzgesetzes nicht erlaubtes, da es ein öffentliches Wappen enthalte, so ist allerdings der Ansicht des Appellationsrichters nicht beizupflichten, welcher meint, es sei auf diese Frage, nachdem einmal der Eintrag erfolgt sei, nicht einzugehen, sowie ferner, aus der Thatsache des Eintrages ergebe sich schon, daß das Warenzeichen bis zum Beginne des Jahres 1875 im Verkehre allgemein als Kennzeichen der Waren der Klägerin gegolten habe, denn das Recht auf Markenschutz knüpft sich an die Anmeldung, nicht an die Eintragung und letztere kann kein Recht gewähren, das nicht durch Anmeldung selbst schon begründet ist (Entsch. des R.O.H.G.'s Bd. 24 S. 79). — Die Prüfung besagter Frage ergiebt jedoch, daß der erhobene Einwand unbegründet ist.

Es kann dahingestellt bleiben, ob nicht nach Maßgabe der Parteibehauptungen die Thatsache, daß die Klägerin schon vor 1875 das in Frage stehende Warenzeichen im Sinne von §. 3 Abs. 1 des Markenschutzgesetzes besessen habe, als unbestritten zu gelten habe, und deshalb die Regel des §. 3 Abs. 2 nicht Platz greife; denn es kann von Anwendung letzterer Bestimmung überhaupt nicht die Rede sein, da sie nur öffentliche Wappen des Inlandes im Auge hat, also das in Frage stehende Wappen der Stadt Amsterdam nicht trifft. Es kann in dieser Beziehung auf die Rechtsprechung des Reichs-Oberhandelsgerichts (Entsch. Bd. 24 S. 292) verwiesen werden, welcher das Reichsgericht beipflichtet.

2. Wenn sich Revidentin ferner darauf beruft, daß sie das beanstandete Warenzeichen schon seit 40 Jahren geführt habe, so ist sie hiermit schon deshalb nicht zu hören, weil sie dasselbe nicht angemeldet hat.

§. 8 giebt demjenigen, der ein Warenzeichen zuerst anmeldet, ein ausschließliches Recht auf dasselbe, d. h. sowohl das Recht, es selbst zu gebrauchen, als anderen dessen Gebrauch zu verwehren.

§. 9 macht von dem Principe, daß die Priorität der Anmeldung entscheide, eine Ausnahme zu Gunsten zweier Kategorien von Warenzeichen, nämlich 1) solcher, welche landesgesetzlich geschützt sind und 2) solcher, welche bis zum Beginne des Jahres 1875 im Verkehre allgemein als Kennzeichen der Waren eines bestimmten Gewerbetreibenden gegolten haben. Er bestimmt, daß auf solche Warenzeichen durch die Anmeldung außer den gesetzlich geschützten oder im Verkehre allgemein anerkannten Inhabern niemand ein Recht erwerben könne, sofern diese vor dem 1. Oktober 1875 die Anmeldung bewirken. Tritt letztere Bedingung nicht ein, so fällt selbstverständlich die Ausnahme hinweg, d. h. der Dritte, welcher das Warenzeichen angemeldet hat, erwirbt durch diese Anmeldung ein Recht, und dieses Recht ist dasjenige, welches der §. 8 kennzeichnet, nämlich ein ausschließliches. Die Behauptung, es sei zu unterscheiden zwischen dem Rechte auf Selbstgebrauch und dem Rechte auf Ausschließung Anderer und anzunehmen, daß das erstere auch ohne Anmeldung bestehen könne, hat im Gesetze keinen Halt, steht vielmehr mit den Principien desselben im Widerspruche. Das Gesetz erkennt überhaupt kein Recht auf Markenschutz an ohne Anmeldung, also auch nicht das teilweise Recht, welches Revidentin beansprucht, namentlich aber läßt sich nicht annehmen, daß dasselbe in §. 9 die Absicht gehabt habe, das Recht des Markenschutzes in besagter Weise zu spalten. Das Gegenteil ergiebt sich aus den Motiven zu §. 9 des Gesetzentwurfes (Druckf. Bd. I. Nr. 20), wo gesagt ist:

„In zweiter Linie hat die Bestimmung aus Billigkeitsgründen auch dem einfachen, gesetzlich nicht geschützten, Besitze bestimmter Zeichen eine gewisse Bevorrechtung gewährt.

Der Grundsatz, daß der Erwerb eines Zeichens von der Priorität der Anmeldung abhängt, würde, ohne einen Vorbehalt dieser Art, den seitherigen Inhaber in die Gefahr bringen, daß dritte Personen durch frühere Anmeldung den ferneren Gebrauch des Zeichens ihm entziehen und die Anerkennung ausnützen könnten, welche das Zeichen genießt."

Diesen Motiven pflichtete der Reichstag bei, indem er die §§. 8 und 9 des Entwurfes ohne jede Diskussion annahm.

Ganz im Einklange hiermit steht auch die Bestimmung in §. 21 Abs. 1. 3. Wenn sich Revidentin darauf bezieht, daß das, einen Bestand-

teil des klägerischen Warenzeichens bildende Löwenwappen ein Freizeichen im Sinne von §. 10 Abs. 2 a. a. O. sei, so ist richtig, daß der Appellationsrichter von dieser Unterstellung ausgeht und dieselbe auch für den Revisionsrichter maßgebend bleiben muß, allein die Folgerung, es sei deshalb das Warenzeichen auf Grund der Bestimmungen der §§. 10 und 11 a. a. O. als ungesetzlich zu erachten, erscheint unrichtig.

Wenn das Gesetz in §. 10 Abs. 2 erklärt, auf Freizeichen könne durch Anmeldung niemand ein Recht erwerben und in §. 11, ein solches Zeichen sei auf Verlangen eines Beteiligten zu löschen, so hat es nur den Fall im Auge, wo das Freizeichen für sich oder mit unwesentlichen Zusätzen als Warenzeichen dienen soll, nicht aber den Fall, wo dasselbe nur als Bestandteil eines Warenzeichens benützt wird. Offenbar kann es nicht die Absicht des Gesetzes sein, einem Fabrikanten, der von jeher ein im Verkehre als Kennzeichen seiner Fabrikate geltendes Warenzeichen benützte, bloß deshalb den Markenschutz für dieses Warenzeichen zu versagen, weil dasselbe unter anderem auch ein Zeichen enthält, welches im freien Gebrauche aller oder gewisser Klassen von Gewerbetreibenden sich befindet, und zu verlangen, daß er jenes Warenzeichen nur in veränderter oder verstümmelter Form, welche dem Publikum fremd ist, zur Anmeldung bringe. Es stünde dies mit dem Willen des Gesetzes, den berechtigten Besitzstand zu schützen, entschieden im Widerspruche. Entsch. des R.O.H.G.'s Bd. 24 S. 292.

Aus dem Umstande, daß einem Warenzeichen ein Freizeichen als Bestandteil einverleibt ist, folgt daher zunächst nur, daß für die Frage, ob eine unbefugte Nachahmung stattgefunden, dieses freie Zeichen als maßgebend nicht in Betracht kommen darf. Es kann noch weiter gefolgert werden, daß auch unbedeutende Zusätze, welche dem Freizeichen gegenüber für die Wahrnehmung verschwinden, außer Berücksichtigung bleiben müssen, insofern Zusätze solcher Art nicht geeignet sind, die Bildung eines neuen, von dem Freizeichen sich merkbar unterscheidenden Warenzeichens herbeizuführen. Sind aber die Zusätze der Art, daß sie für sich ins Auge fallen und neben dem Freizeichen Bedeutung beanspruchen können, so ist gerade auf sie das entscheidende Gewicht zu legen, da nur in ihnen die Merkmale zu finden sind, durch welche sich das Warenzeichen eines bestimmten Gewerbetreibenden von den Warenzeichen anderer Gewerbetreibenden, die gleichfalls das Freizeichen

führen, unterscheidet. Im vorliegenden Falle sind die Zusätze, welche die Klägerin in ihrem Warenzeichen dem Löwenwappen beigefügt hat, zweifellos der Art, daß sie für sich ins Auge fallen und geeignet sind, in Vereinigung mit diesem Freizeichen ein Gesamtbild zu geben, welches sich von dem Bilde, welches das Freizeichen für sich allein bietet, wesentlich unterscheidet. Es ist daher zu prüfen, ob das klägerische Warenzeichen in denjenigen Bestandteilen, welche ihm, abgesehen vom Löwenwappen, seine charakteristische Eigentümlichkeit geben, im Sinne von §. 18 des Markenschutzgesetzes unbefugt nachgeahmt worden sei.

Bei dieser Prüfung ist von der in mehrfachen Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts ausgesprochenen Ansicht auszugehen, daß es nicht darauf ankomme, ob zwei Warenzeichen, wenn sie neben einander liegend verglichen werden, Unterscheidungsmerkmale zeigen, auch nicht, ob eine Täuschung geschäftskundiger Kaufleute möglich sei, sondern nur, ob die Konsumenten, für welche ja die Warenzeichen vorzugsweise bestimmt sind, irregeführt d. h. veranlaßt werden können, indem sie mit Rücksicht auf ein ihnen bekanntes Warenzeichen eine ihnen zusagende Ware suchen, statt der Ware des einen Gewerbetreibenden die Ware eines Anderen zu kaufen.

Diese Ansicht erscheint vollkommen der Tendenz des Gesetzes entsprechend, welches jedem Versuche, durch Nachahmung von Warenzeichen das Publikum zu täuschen oder den Absatz eines Konkurrenten zu schmälern und das Vertrauen, das derselbe genießt, für sich auszunützen, wirksam entgegentreten will.

Daß bei einer derartigen strengeren Auffassung des Gesetzes berechtigte Interessen gefährdet würden, ist nicht zu fürchten, denn der Gewerbetreibende, welchem es darum zu thun ist, sein Warenzeichen von anderen zu unterscheiden (wie dies ja der Zweck jedes Warenzeichens sein soll), wird nie um die Mittel verlegen sein, dies zu bewirken.

Stellt man sich auf diesen Standpunkt, so ist klar, daß es, soweit ein Warenzeichen in Worten besteht, nicht bloß auf den Sinn der Worte ankommen kann, sondern hauptsächlich auch auf das Bild, welches diese Worte ihrer äußeren Erscheinung nach (durch Schrift, Anordnung 2c) bieten, und daß in Fällen, wie der vorliegende, wo es sich um Worte in einer fremden, den Konsumenten unbekannten Sprache handelt, dieser letztere Gesichtspunkt von weit überwiegender, ja nahezu ausschließlicher Bedeutung ist.

Faßt man nun den vorliegenden Fall ins Auge, so kann nicht bezweifelt werden, daß eine unbefugte Nachahmung des klägerischen Warenzeichens gegeben ist.

Beklagte hat alles, was im klägerischen Warenzeichen dem Löwenwappen beigefügt ist, in einer Weise nachgeahmt, daß das Gesamtbild ganz das nämliche ist, wie in jenem.

Die Zahl 5 seitwärts vom Wappen, die fünfzeilige Unterschrift in holländischer Sprache mit dem großgedruckten und in die Augen fallenden Worte: „Zoorten", die beiden seitwärts angebrachten Inschriften, die zweite mit elliptischen Linien eingefaßt — alles findet sich in derselben Anordnung, derselben Größe, derselben Sprache und derselben Farbe auf beiden Warenzeichen.

Wenn Beklagte geltend macht, es sei trotzdem eine Verwechslung nicht möglich, weil die Firmabezeichnung ganz verschieden sei, so ist darauf hinzuweisen, daß gerade deshalb ein besonderer Schutz der Warenzeichen nötig erschien, weil das Publikum mehr auf diese, als auf die Firmen sein Augenmerk zu richten pflegt."

---

## 23. Ist unter der „allgemeinen Geltung im Verkehre", von welcher in §§. 3 u. 9 des Markenschutzgesetzes die Rede ist, nur der Verkehr in Deutschland oder der Verkehr überhaupt zu verstehen?

II. Civilsenat. Urt. v. 7. Januar 1881 i. S. R. (Kl.) w. H. (Bekl.) Rep. II. 360/80.

I. Landgericht Hamburg.
II. Oberlandesgericht daselbst.

R. in Paris klagte gegen H. in Hamburg wegen unbefugter Nachahmung seiner am 21. Sept. 1875 zum Zeichenregister in Leipzig angemeldeten Warenzeichen. Bezüglich eines dieser Warenzeichen wurde die Klage abgewiesen, weil es bloß aus Worten bestehe und das auf den Besitzstand nach §. 9 des Markenschutzgesetzes sich beziehende Beweiserbieten nicht erkennen lasse, daß das Warenzeichen auch in Deutschland allgemeine Anerkennung gehabt habe. Das Reichsgericht hob auf Revision des Klägers das betreffende Urteil auf aus folgenden

Gründen:

„Was zunächst die Behauptung des Revisionsklägers anbelangt, es seien die beschränkenden Bestimmungen des §. 3 des Markenschutzgesetzes für ihn nicht maßgebend, da ihm durch Staatsvertrag besondere Rechte gewährt seien, so erscheint dieselbe nicht begründet. Maßgebend für die Rechte eines Ausländers auf Markenschutz sind seit Einführung des Markenschutzgesetzes nur die Bestimmungen in §. 20 dieses Reichsgesetzes. Ihnen gegenüber können weitergehende Rechte, welche etwa in einzelnen Bundesstaaten den Ausländern früher gewährt waren, keine Geltung mehr beanspruchen. Übrigens spricht der in Frage stehende, durch Deklaration vom 8. Oktober 1873 (Reichsgesetzblatt S. 365) in Kraft erhaltene Staatsvertrag zwischen Frankreich und den Hansestädten vom 21. Juni 1865 in §. 24 nur allgemein davon, daß das Eigentum der Fabrikzeichen gegenseitig geschützt sein solle; es entspricht daher dessen Sinne, wenn der Franzose betreffs des Markenschutzes dem Inländer gleichgestellt wird.

Die Revision erscheint jedoch begründet, weil der Sinn des besagten §. 3 in Verbindung mit den §§. 9 und 20 des Markenschutzgesetzes verkannt ist.

Nach § 20 sollen auf Warenzeichen von Ausländern unter den näher bezeichneten Voraussetzungen die Bestimmungen dieses Gesetzes Anwendung finden.

Hieraus folgt, daß auch Ausländer die Bestimmungen der §§. 3 und 9, welche solchen Warenzeichen, die landesgesetzlich geschützt sind, oder welche bis zum Beginne des Jahres 1875 im Verkehre allgemein als Kennzeichen der Waren eines bestimmten Gewerbetreibenden gegolten haben, gewisse Begünstigungen zu teil werden lassen, für sich anrufen können. Es ist dies auch vom Appellrichter nicht verkannt, jedoch die Ansicht ausgesprochen, daß unter der „allgemeinen Geltung im Verkehre" eine solche im Gebiete des Deutschen Reiches gemeint sei; diese Ansicht aber ist nicht zu billigen.

Um den Sinn des Gesetzes klar zu stellen, erscheint es geeignet, zunächst die Bestimmungen des §. 9 a. a. O. ins Auge zu fassen.

Der Grundgedanke desselben ist offenbar der, daß durch die darin enthaltenen Übergangsbestimmungen der damals vorhandene Besitzstand, mochte derselbe auf einer Gesetzesvorschrift oder auch nur auf thatsächlicher Anerkennung beruhen, geschützt werden sollte. Freilich dachte

man bei Abfassung des §. 9 zunächst nur an inländische Verhältnisse, und es mögen denn auch unter den darin bezeichneten „landesgesetzlichen Vorschriften" nur solche der einzelnen Bundesstaaten gemeint sein. Hieraus folgt aber noch nicht, daß auch unter „Verkehr" nur ein solcher innerhalb Deutschlands gemeint sei, für welche Beschränkung sich weder in den Motiven des Gesetzentwurfes noch in den Verhandlungen des Reichstages ein Anhaltspunkt bietet.

Gegen eine solche enge Auslegung spricht — von §. 20 zunächst noch abgesehen — insbesondere die Erwägung, daß sie dahin führen würde, unter Umständen auch dem in Deutschland ansässigen Deutschen den Schutz des §. 9 zu entziehen, da es viele Waren giebt, die ausschließlich für den Verkehr im Auslande bestimmt sind, bei denen also von einem Verkehre in Deutschland, worunter der Natur der Sache nach nur der Absatz der Ware in Deutschland zu verstehen wäre, die Rede nicht sein kann.

Ferner ist hervorzuheben, daß kein genügender Grund vorliegt, dem Ausdrucke „Verkehr" in §. 9 einen anderen Sinn zu geben, als er in §. 8 hat, hier aber unzweifelhaft sein Sinn ein weiterer, nämlich der ist, daß derjenige, welcher das Recht auf Markenschutz erworben hat, dasselbe nicht bloß für den Verkehr in Deutschland, sondern überhaupt im Verkehre, also auch beim Absatze der Ware im Auslande geltend machen dürfe.

Jedenfalls aber muß bei Anwendung des §. 9 in Verbindung mit §. 20 von einer weiteren Auslegung desselben ausgegangen und angenommen werden, daß Ausländer, welche zur maßgebenden Zeit bereits den Inländern nach §. 20 gleichgestellt waren, um ihren Besitzstand nach §. 9 zu sichern, nur darzuthun haben, daß ihre Warenzeichen bei Beginn des Jahres 1875 in ihrem Absatzgebiete allgemeine Geltung gehabt haben, ohne daß Wert darauf zu legen wäre, ob ihr Absatz sich insbesondere auch auf Deutschland erstreckt habe.

Der Zweck des Gesetzes spricht entschieden für diese Auffassung. Das Markenschutzgesetz will nicht etwa bloß das konsumierende (deutsche) Publikum schützen, sondern hat vorzugsweise auch den Zweck, den berechtigten Interessen der Gewerbetreibenden Schutz zu verleihen, zu verhüten, daß das Vertrauen, welches ein Gewerbetreibender durch Umsicht für seine Ware erworben hat, von anderen illoyaler Weise ausgebeutet werde; es will jenem ebenso sittlich zu mißbilligenden als gemeinschäd-

lichen Verfahren entgegentreten, welches in der französischen Rechtsprechung als „concurrence déloyale“ bezeichnet und schon nach allgemeinen Rechtsprincipien (Artt. 1382 und 1383 Code civ.) für widerrechtlich erachtet wird.

Mit diesem Zwecke würde die bezeichnete beschränkende Auslegung des §. 9 sich in Widerspruch setzen.

Zufolge derselben würde es bei Einführung des Markenschutzgesetzes jedermann, sei er Deutscher oder Ausländer, gestattet gewesen sein, durch die bloße Priorität der Anmeldung sich das Warenzeichen eines unter dem Schutze des §. 20 stehenden Ausländers oder im Auslande ansässigen Deutschen, als ausschließliches Eigentum anzueignen, ohne daß letzteren die Möglichkeit geboten wäre, auf Grund des §. 9 a. a. O. ihren Besitzstand zu wahren, falls sie nicht den Nachweis zu führen vermöchten, daß ihre Ware auch in Deutschland den in §. 9 vorausgesetzten ausgedehnteren Absatz gehabt habe. Dabei ist zu beachten, daß das in dieser unredlichen Weise erworbene ausschließliche Recht, den Principien des Markenschutzgesetzes gemäß, allgemeine Geltung beanspruchen könnte, nicht bloß für den Verkehr in Deutschland, sondern auch für den auswärtigen Verkehr, daß es also in diesem ganzen Umfange den früheren Besitzern gegenüber von den deutschen Gerichten anerkannt werden müßte.

Offenbar kann dies nicht Wille des Gesetzes sein.

Es lag für den Gesetzgeber um so weniger Veranlassung vor, gegen die Aneignung der Warenzeichen ausländischer Gewerbetreibenden besondere Nachsicht zu üben, als die Übung, deutsche Waren mit ausländischen Warenbezeichnungen zu versehen, geeignet ist, die deutsche Industrie im allgemeinen empfindlich zu schädigen. Hat aber fragliche Bestimmung in §. 9 den vorstehend erörterten Sinn, so folgt ohne weiteres, daß ihr Sinn in §. 3 kein anderer sein kann, und zwar muß dies um so zweifelloser erscheinen, wenn erwogen wird, daß sie in §. 3 ursprünglich nicht enthalten war, vielmehr erst auf Grund der Reichstagsverhandlungen aus §. 9 in denselben übertragen wurde.“

---

**24. 1. Begriff eines „Freizeichens“ im Sinne von §. 10 des Markenschutzgesetzes.**

**2. Begriff eines im Verkehre allgemein als Kennzeichen der**

## Ware eines bestimmten Gewerbetreibenden geltenden Warenzeichens im Sinne von §. 9 des Markenschutzgesetzes.

II. Civilsenat. Urt. v. 11. Januar 1881 i. S. Th. (Kl.) w. B. (Bekl.) Rep. II. 326/80.

I. Kreisgericht Kassel.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Die Klage auf Löschung von fünf im Zeichenregister des Kreisgerichts Kassel eingetragenen Warenzeichen wurde in zwei Instanzen abgewiesen, vom Reichsgerichte aber für begründet erachtet aus folgenden

Gründen:

„Der Appellrichter erkennt an, daß die Klägerin auf Grund einer am 6. Sept. 1848 beim Magistrate zu Bamberg erfolgten Anmeldung landesgesetzlichen Schutz für Bayern bis zum 1. Januar 1872, als dem Zeitpunkte der Einführung des deutschen Strafgesetzbuches, beanspruchen konnte, verneint aber, daß dieser landesgesetzliche Schutz auch nach diesem Zeitpunkte fortgedauert, also bei Einführung des Markenschutzgesetzes noch bestanden habe. Gegen diese letztere Entscheidung richten sich vorzugsweise die Angriffe der Nichtigkeitsbeschwerde.

Es kann dahingestellt bleiben, ob diese Angriffe begründet sind, und ob nicht, selbst bei Unterstellung jenes landesgesetzlichen Schutzes, die Erklärung, es seien die fraglichen Zeichen Freizeichen (§. 10), jedenfalls sei auch der Besitzstand der Beklagten zu schützen (§. 9), genügen würde, die Klagabweisung zu rechtfertigen; denn die Nichtigkeitsbeschwerde rügt ferner Verletzung der §§. 9 und 10 des Markenschutzgesetzes und diese Rüge erscheint begründet.

Die angefochtene Entscheidung beruht auf zwei selbständigen Entscheidungsgründen, nämlich auf der Annahme, daß die fraglichen Warenzeichen (Fischwappen und Pfau) als Freizeichen im Sinne des §. 10 a. a. O. zu betrachten seien, und der weiteren Annahme, daß jedenfalls auch zu Gunsten der Beklagten ein im Verkehre allgemein anerkannter Besitzstand im Sinne des §. 9 a. a. O. anzunehmen wäre.

Ohne Zweifel ist der Appellrichter zu beiden Annahmen auf Grund einer Würdigung thatsächlicher Verhältnisse gelangt, welche Würdigung, soweit sie sich auf thatsächlicher Grundlage bewegt, der Nachprüfung des Nichtigkeitsrichters entzogen ist.

Ebenso zweifellos ist aber auch, daß in beiden Beziehungen Rechtsbegriffe in Frage stehen, d. h. das Gesetz einen gewissen Thatbestand voraussetzt, den der Richter richtig zu erkennen und seiner thatsächlichen Würdigung zu Grunde zu legen verpflichtet ist, daß also die Entscheidung vernichtet werden muß, wenn aus ihren Gründen ersichtlich ist, es sei der vom Gesetze unterstellte Rechtsbegriff verkannt; ja wenn auch nur ernstliche Zweifel obwalten, ob er richtig erkannt sei.

1. Was nun zunächst den Rechtsbegriff des Freizeichens anbelangt, so ist dasselbe nach dem Wortlaute des Gesetzes „ein Warenzeichen, welches bisher (bis zur Einführung des Gesetzes) im freien Gebrauche aller oder gewisser Klassen von Gewerbetreibenden sich befunden hat".

In den Motiven des Gesetzentwurfes ist zur Erläuterung dieser Bestimmung bemerkt:

„Noch gegenwärtig werden Waren vielfach mit Zeichen versehen, welche von altersher für diese Waren in Gebrauch sich befinden, eine weitere Bedeutung aber zur Zeit nicht mehr besitzen."

„Bei anderen Waren sind Zeichen allgemein üblich, welche hergebrachterweise bestimmte Qualitäts- oder Größen-Verhältnisse bekunden."

„Endlich giebt es noch Zeichen, welche die Herkunft der Waren aus einem bestimmten Orte oder Bezirke erkennbar machen und demgemäß nur von den dort wohnenden Gewerbetreibenden gebraucht werden."

„Der auf solcher, meist altertümlicher Observanz beruhende Gemeingebrauch gewisser Zeichen soll zu Gunsten der Interessen einzelner Gewerbetreibenden keine Störung erleiden."

Aus diesen Erläuterungen, welchen bei den Reichstagsverhandlungen nichts beigefügt wurde, erhellt, daß das Gesetz teils solche Zeichen im Auge hat, die zur Zeit einen bestimmten, ihre Benutzung zur Kennbarmachung der Waren bestimmter Gewerbetreibenden ausschließenden Zweck (Bezeichnung von Qualität, Größe, Herkunft aus einem gewissen Orte ꝛc) haben, teils solche Zeichen, die ursprünglich als Kennzeichen der Waren bestimmter Gewerbetreibenden gedient haben mögen, diese Bedeutung jedoch im Laufe der Zeit völlig verloren haben und ohne weiteren Zweck zur Zeit nur noch gebraucht werden, weil eben das Publikum sich gewöhnt hat, bei gewissen Waren gewisse Zeichen angebracht zu

sehen. Bei beiden Arten von Zeichen erachtete man es für geeignet, den bei Einführung des Gesetzes vorhandenen Besitzstand zu schützen, somit, da dieser Besitzstand die Erwerbung von Sonderrechten ausschloß, deren Eintragung zu untersagen.

Den Gegensatz zu der bezüglichen Bestimmung des §. 10 bildet die Bestimmung des §. 9, welche den Besitzstand betreffs solcher Warenzeichen schützt, die bei Einführung des Gesetzes im Verkehre allgemein als Kennzeichen der Ware eines bestimmten Gewerbetreibenden gegolten haben, und es ist nötig, auch diese letztere Bestimmung ins Auge zu fassen, um Sinn und Tragweite des §. 10 klar zu stellen.

Die Worte „eines bestimmten Gewerbetreibenden" sollen offenbar nicht bedeuten, daß das Warenzeichen im ausschließlichen Besitze eines einzelnen Gewerbetreibenden sein müsse, vielmehr ist es im Sinne des Gesetzes vollkommen statthaft, daß betreffs des nämlichen Warenzeichens bei mehreren, ja bei einer größeren Zahl von Gewerbetreibenden ein Besitzstand, wie ihn §. 9 im Auge hat, vorliegt und gesetzlichen Schutz beanspruchen kann.

Ist die Zahl der Gewerbetreibenden, welche ein Warenzeichen benutzen, eine sehr große, so entsteht allerdings die Frage, ob dasselbe die Eigenschaft, als Kennzeichen der Ware bestimmter Gewerbetreibenden zu dienen, noch beanspruchen könne, oder ob nicht vielmehr ein Freizeichen anzunehmen sei. Ist solchenfalls nicht ein bestimmter, den Einzelbesitz ausschließender Zweck ersichtlich, handelt es sich vielmehr einfach nur um die Thatsache allgemeinen Gebrauchs, so wird zunächst die Art und Weise, wie dieser Gebrauch sich gebildet, zu erforschen, und falls sich dabei ergiebt, daß ursprünglich Sonderbesitz eines oder mehrerer Gewerbetreibenden vorgelegen, im Zweifel nicht anzunehmen sein, daß das Warenzeichen seinen ursprünglichen Charakter völlig verloren und sich in ein Freizeichen umgewandelt habe.

Faßt man nun die Gründe des angefochtenen Erkenntnisses ins Auge, so lassen sie keineswegs erkennen, daß der Appelrichter den Begriff eines Freizeichens im erörterten Sinne richtig erfaßt, berechtigen vielmehr zur Annahme, das seine Entscheidung auf Verkennung desselben beruht.

Der Appellrichter begründet seine Entscheidung, daß die in Frage stehenden Zeichen (Fischwappen und Pfau) Freizeichen seien, nur mit dem Hinweis auf die von ihm für zutreffend erklärten Gründe des ersten

Richters, sowie mit der Erklärung, daß der von der Beklagten dargestellte Sachverhalt erwiesen sei.

Aus den Gründen des ersten Richters, der übrigens die Frage des Freizeichens dahingestellt ließ, sowie aus der Sachdarstellung der Beklagten ergiebt sich aber im wesentlichen nichts weiter, als daß eine größere Zahl von Tabaksfabrikanten die Zeichen längere Zeit hindurch im Gebrauch hatte, eine Thatsache, die an und für sich ungenügend und nicht geeignet ist, die Frage zu lösen, ob konkurrierender Besitz im Sinne von §. 9 oder freier Gebrauch im Sinne von §. 10 vorliege.

Der Appellrichter prüft weder, ob etwa fragliche Zeichen ihren bestimmten, den Einzelbesitz ausschließenden Zweck haben, noch prüft er, auf die ursprüngliche Benutzung zurückgehend, wie der allgemeinere Gebrauch sich gebildet habe, giebt also zu erkennen, daß er der irrigen Ansicht ist, es sei in allen Fällen, wo ein Warenzeichen im Gebrauche einer größeren Zahl von Gewerbetreibenden sich befinde, ein Freizeichen anzunehmen.

2. Was den Begriff der allgemeinen Anerkennung im Verkehre betrifft, von welcher §. 9 a. a. O. spricht, so ist zunächst soviel klar, daß der bloße Gebrauch eines schon im Verkehre befindlichen Warenzeichens einen eigenen konkurrierenden Besitzstand nicht zu begründen vermag, da dieser Gebrauch möglicherweise nur die Folge hat, daß das Publikum die mit diesem Zeichen versehenen Waren als Waren der ihm bekannten älteren Besitzer ansieht und kauft. Es wird dies, wenigstens in erster Zeit, sogar zu vermuten, also der Nachweis erforderlich sein, daß neben dem älteren Besitzstande ein eigener konkurrierender Besitzstand sich gebildet habe.

Abgesehen hiervon ist aber auch nicht anzunehmen, daß das Gesetz von der Frage, ob der erlangte konkurrierende Besitz ein redlicher oder ein unredlicher sei, ganz habe absehen und seine Vergünstigung Leuten habe gewähren wollen, die sich in einen fremden Besitz in der unlauteren Absicht eindrängten, ihn zu ihrem Vorteile auszubeuten, und zwar bloß deshalb, weil sie den in dieser Weise erlangten Mitbesitz bei Einführung des Gesetzes einige Zeit ausgeübt hatten.

Wenn auch hieraus nicht folgt, daß immer nur auf die Art der Erwerbung eines solchen Mitbesitzes Rücksicht zu nehmen sei, vielmehr anzuerkennen ist, daß auch auf Grund eines unredlichen Erwerbes im Verlaufe der Zeit, insbesondere bei Wechsel der Personen, sich ein Besitzstand bilden kann, der im Sinne des §. 9 zu schützen ist, wie denn

überhaupt das Gesetz in althergebrachte Verhältnisse nicht störend eingreifen will, so ist doch in allen Fällen, wo jemand in den Besitz eines anderen eigenmächtig eingetreten ist, die Frage zu prüfen, ob der vorliegende Besitzstand so geeigenschaftet sei, daß er den Schutz des Gesetzes beanspruchen könne.

Diese Frage ist nun vom ersten Richter, auf dessen Gründe der Appellrichter Bezug nimmt, nicht geprüft, vielmehr giebt derselbe zu erkennen, daß er sich der Erheblichkeit derselben nicht bewußt gewesen sei, da er seine bezügliche Entscheidung allein auf die von der Klägerin zugegebene Thatsache gründet, daß Beklagte fragliche Warenzeichen seit 1870 im Gebrauche gehabt. Da demgemäß keiner der beiden bezeichneten Entscheidungsgründe rechtlich haltbar ist, so war das Erkenntnis zu vernichten, betreffs der Kosten aber nach §. 66 der Verordnung vom 24. Juni 1867 zu erkennen.

Bei freier Sachprüfung ergiebt sich, daß der Klagantrag begründet ist.

Zunächst ist die Frage, ob die beiden streitigen Zeichen (Fischwappen und Pfau) Freizeichen im Sinne des §. 10 seien, zu verneinen.

Daß diese Zeichen irgend einem, den Einzelbesitz ausschließenden besonderen Zwecke gedient hätten, ist nicht behauptet, was aber die ursprüngliche Bedeutung derselben, sowie die Art und Weise, wie sie in allgemeineren Gebrauch gekommen sind, betrifft, ergiebt sich aus der Beweisführung folgendes:

Die Fabrik der Klägerin befand sich ursprünglich zu Zwolle in Holland, wurde anfangs dieses Jahrhunderts nach Minden und später nach Kassel verlegt, wo bereits im Jahre 1816 die klägerische Firma bestand.

Aus einer amtlichen Bescheinigung des Stadtsekretärs von Kassel vom 16. Dezember 1816 und den in beglaubigter Abschrift beigefügten Aussagen zweier am 7. nämlichen Monats vernommenen Auskunftspersonen ergiebt sich, daß die beiden in Frage stehenden Warenzeichen in ihrer jetzigen Form von jeher im Besitze der Familie Thorbecke waren und insbesondere auch von Franz Heinrich Thorbecke, dem damaligen Inhaber der klägerischen Firma, als solche benutzt wurden.

Dasselbe ergiebt sich aus einem amtlichen Zeugnisse des Bürgermeisters der Stadt Zwolle vom 10. August 1836.

In einer Zuschrift des Kurf. hess. Kriminalgerichts zu Kassel vom 13. Nov. 1812 wird dem Th. kundgegeben, daß ein Tabaksfabrikant

R. wegen Nachahmung seines Fabrikszeichens bestraft worden sei, und inhaltlich eines Urteils des Kurf. hess. Obergerichtskriminalsenats vom 23. Sept. 1825 wurde Witwe H., Besitzerin einer Tabaksfabrik zu Hanau, bestraft, weil sie unter anderem auch die Fabrikzeichen von Th. nachgeahmt hatte.

Aus diesen urkundlichen Belegen geht klar hervor, daß ursprünglich die klägerische Firma, beziehungsweise die Familie Th., im Alleinbesitze der fraglichen Zeichen gewesen ist, worauf übrigens schon die unter dem Pfau befindlichen Worte: „te Zwoll", welche von allen, die später dieses Zeichen gebrauchten, insbesondere auch von der Beklagten beibehalten wurden, hindeuten. Ferner ist als erwiesen zu betrachten, daß mindestens bis Ende der zwanziger Jahre dieser Alleinbesitz fortgedauert habe.

Es geht nun allerdings aus den Aussagen der vernommenen Zeugen hervor, was übrigens von der Klägerin selbst bereits zugestanden war, daß im Verlaufe der letzten 40 Jahre auch andere Tabaksfabrikanten und zwar im ganzen etwa 14, neben der Klägerin, fragliche Zeichen in Gebrauch genommen haben, allein dieser Mitbesitz, der zudem nur nach und nach eintrat und ursprünglich jedenfalls kein gutgläubiger war, erscheint nicht ausreichend, um die Umwandlung der Zeichen in Freizeichen zu bewirken. Es kann dies um so weniger angenommen werden, als die Klägerin durch die am 6. September 1848 erfolgte Anmeldung der Zeichen beim Magistrate zu Bamberg auf Grund der bayer. Verordnung vom 6. März 1840 für dieselben landesgesetzlichen Schutz in Bayern erworben und dieser Schutz mindestens bis 1. Januar 1872 fortgedauert hatte.

Wenn die Zeugen ihre Ansicht aussprechen, daß die in Frage stehenden Warenzeichen von jedem Fabrikanten hätten gebraucht werden dürfen, so ist auf diese Ansicht (ganz abgesehen davon, daß vor Einführung des Markenschutzgesetzes von jedem Warenzeichen das nämliche gesagt werden konnte), welche offenbar keine rein thatsächliche, sondern auch eine rechtliche Würdigung der Sachlage enthält, kein Wert zu legen. Wie unzuverlässig die betreffende Beurteilung der Zeugen ist, ergiebt sich daraus, daß einer der Zeugen die Benutzung der Zeichen durch die Witwe H. (welche, wie bemerkt, im Jahre 1825 deshalb bestraft worden ist) als Beleg anführt, und ein anderer Zeuge meint, die Benutzung von Warenzeichen von der Art wie das Fischwappen sei überhaupt nicht unerlaubt, wenn nur die Firma beigefügt werde.

Auch die weitere Frage, ob die Beklagte gleichfalls einen nach §. 9 a. a. O. zu schützenden Besitzstand beanspruchen könne, ist zu verneinen. Daß die Klägerin bis zur Einführung des Markenschutzgesetzes fortdauernd im Besitze der fraglichen Warenzeichen gewesen, und daß sie ihren Besitzstand durch rechtzeitige Anmeldung gewahrt, ist erwiesen, im Grunde auch unbestritten. Unstreitig ist ferner, daß die Beklagte im Jahre 1870, als sie ihr Geschäft gründete, diese Warenzeichen in Gebrauch genommen und seither gebraucht hat. Zu prüfen ist daher, ob ihr Besitz so geeigenschaftet ist, daß er den Schutz des §. 9 a. a. O. beanspruchen kann.

Die Umstände ergeben klar, daß die Beklagte fragliche Zeichen sich nicht deshalb aneignete, weil sie meinte, dieselben seien Freizeichen ohne besondere Bedeutung, daß sie vielmehr von der Absicht geleitet war, das Ansehen, welches diese Zeichen bei den Konsumenten genossen, auszubeuten und davon Vorteil zu ziehen. Diese Absicht tritt insbesondere darin klar zu Tage, daß sie der in den Umschriften beider Zeichen angebrachten Firmenbezeichnung die Worte „te Zwoll" beifügte, welche nur bei der klägerischen Firma Sinn hatten, bei der Firma der Beklagten aber eine offene Unwahrheit enthielten, daß sie ferner nicht bloß die fraglichen Zeichen für sich, sondern die vollständigen Warenzeichen der Klägerin mit allem Zubehör ganz genau nachahmte, z. B. auch die Seitenschrift, durch welche Th. ankündigte, daß er zur Unterscheidung dieser „echten von Zwoll seienden Fabrik" dieses Familienwappen führen werde. Bei dieser Sachlage kann die Beklagte nicht als gutgläubige Besitzerin gelten, und kann die kurze Zeit von 4—5 Jahren nicht hinreichen, ihr einen nach §. 9 zu schützenden Besitzstand zu verschaffen. Es ist sogar zu bezweifeln, ob nach Lage der Sache, insbesondere bei dem Umstande, daß die Firma der Beklagten nur in den Umschriften der Zeichen in wenig erkennbarer Weise angebracht und dabei noch die unwahre Bezeichnung „te Zwoll" beigefügt ist, überhaupt von einem eigenen Besitzstande der Beklagten die Rede sein könne.

Was nun die einzelnen Warenzeichen anbelangt, deren Löschung verlangt wird, so enthalten sie sämtlich fragliche Zeichen teils einzeln, teils vereinigt, und zwar in der Weise, daß sie, abgesehen vom „Reuter", der als anerkanntes Freizeichen außer Betracht bleibt, den wesentlichsten Bestandteil der Warenzeichen bilden.

Die Zeichen selbst (Fischwappen und Pfau) sind, mit Ausnahme

der oberwähnten bedeutungslosen Verschiedenheit der Firmenbezeichnung, denen der Klägerin vollkommen gleich."

---

## 25. Teilweise Nichtigerklärung eines Patentes. Begriff der „Neuheit" einer Erfindung.

II. Civilsenat. Urt. v. 1. Februar 1881 i. S. C. (Bekl.) w. Sch. (Kl.) Rep. II. 334/80.

I. Patentamt.

Am 20. Juni 1876 wurde dem C. ein preuß. Patent erteilt für „Vorrichtungen an Stickmaschinen zum Umschlingen des Nähfadens mit einem zweiten Faden und zum Ausrücken der Maschine" und dieses später in ein Reichspatent umgewandelt. In der Patentschrift ist als das Neue der letzteren Erfindung hervorgehoben, daß die Ausrückung mit der Hand und nicht, wie bisher, mit dem Fuße geschehe und in einem späteren Verfahren wurde die Verschiebbarkeit des Kurbelgriffs als das wesentliche bezeichnet. Die Firma Sch., welche gleichfalls Stickmaschinen, an denen Handausrückungen mit verschiebbarem Kurbelgriffe angebracht waren, fabrizierte, beantragte das Patent in seinem zweiten Teile für nichtig zu erklären. Das Patentamt wies dieses Begehren ab, das Reichsgericht vernichtete jedoch das Patent, soweit es allgemein erteilt war, und hielt es bloß aufrecht betreffs der besonderen Konstruktion des C. und zwar aus folgenden

Gründen:

„Bei dieser Sachlage war die Firma Sch. vollkommen berechtigt, die Nichtigkeitserklärung des fraglichen Patentes zu verlangen, wenn sie nachweisen konnte, es sei die „Handausrückung mit verschiebbarem Kurbelgriffe" am 20. Juni 1876 eine neue Erfindung nicht gewesen.

Dieses Verlangen kann nicht deshalb zu einem unberechtigten werden, weil C. jetzt erklärt, sein Patent habe nicht das Princip der Handausrückung mit verschiebbarem Kurbelgriffe zum Gegenstande, sondern nur die Art der Lösung dieses Princips durch die besonderen in seiner Patentschrift beschriebenen Vorrichtungen. Es würde dies selbst dann zu verneinen sein, wenn C. förmlich anerkannt hätte, jenes Princip sei am

20. Juni 1876 nicht neu und patentfähig gewesen, denn eine solche Anerkennung könnte ebenso wenig, als eine etwa nur in den Entscheidungsgründen gegebene Auslegung des Patentes, das Interesse beseitigen, welches daran besteht, daß das Patent, soweit es allgemein erteilt ist, förmlich für nichtig erklärt und diese Erklärung veröffentlicht werde, damit für jedermann ersichtlich sei, wie weit der Schutz des Patentes sich erstrecke, und was ihm gegenüber erlaubt sei, was nicht (Entsch. des Reichsgerichts in Civils. Bd. 1 S. 301).

Allein eine solche Anerkennung liegt nicht einmal vor..... Es ist deshalb das Ergebnis der erhobenen Beweise zu prüfen. Nach den Aussagen der vernommenen Zeugen in Verbindung mit den Einträgen in den Handelsbüchern der Firma Sch. kann nicht der mindeste Zweifel bestehen, daß schon im Jahre 1874 Stickmaschinen, an welchen Handausrückungen mit verschiebbarem Kurbelgriffe (nach Modell 1) befindlich waren, von besagter Firma gefertigt und verkauft, auch die verkauften Maschinen in der Art öffentlich benutzt wurden, daß die Benützung bezeichneter Vorrichtungen durch andere Sachverständige möglich war. Letzterer Umstand kann um so weniger bezweifelt werden, als die Zeugen M. & K., welche zu besagter Zeit die verkauften Stickmaschinen besichtigten, selbst Sachverständige sind.

Der Begriff der öffentlichen Benützung, welchen das Patentamt seiner das Vorbringen der Firma Sch. als unsubstanziiert verwerfenden Entscheidung zu Grunde gelegt hat, ist ein zu enger, dem Sinne von §. 2 des Patentgesetzes nicht entsprechender. Das Gesetz verlangt keineswegs, daß eine öffentliche Benützung in gewissem ausgedehnteren Maße stattgefunden habe, sondern nur, daß die Benützung eine öffentliche, also keine geheime sei, und daß sie in der Weise stattgefunden habe, um anderen Sachverständigen die Benützung der Erfindung möglich zu machen, also in allen wesentlichen Teilen für Sachverständige erkennbar sei.

Hieraus ergiebt sich, daß das Patent Nr. 3531 in der Allgemeinheit, wie es erteilt ist, nicht aufrecht erhalten werden kann und zu vernichten ist, soweit nicht die besonderen Vorrichtungen, welche C. bei der Handausrückung mit verschiebbarem Kurbelgriffe angebracht hat, für sich als patentfähige Erfindungen zu betrachten sind."

## 26. Kann der Käufer bei nicht vertragsmäßiger oder nicht gesetzmäßiger Beschaffenheit der Ware den gegen Empfang des Konossements gezahlten Kaufpreis zurückfordern? Beweislast betreffs der Beschaffenheit der Ware.

I. Civilsenat. Urt. v. 11. Dezember 1880 i. S. G. (Bekl.) w. Gebr. L. (Kl.) Rep. I. 277/79.

I. Stadtgericht I Berlin.
II. Kammergericht daselbst.

Aus den Gründen:

„Hat der Käufer eine Zahlung geleistet oder ein Wechselversprechen gegeben, um damit den Vertrag zu erfüllen, d. h. definitiv zu erfüllen, so kann, abgesehen vom Falle des Art. 355 H.G.B., von einer Rückforderung des Kaufpreises oder des Versprechens keine Rede sein. Der Käufer kann nur Erfüllung seitens des Verkäufers verlangen oder sein Interesse geltend machen. Fordert er als solches den Betrag des Kaufpreises, so hat er zu substanziieren, daß gerade darin sein Interesse besteht. Behauptet in diesem Falle der Verkäufer, vertragsmäßig erfüllt zu haben, so hat er dies zu beweisen. Der Käufer kann dagegen nicht ohne weiteres den Kaufpreis als solchen zurückfordern, auch wenn er beweisen wollte, der Verkäufer habe nicht vertragsmäßig geliefert.

Ganz anders aber stellt sich das Verhältnis, wenn die Leistung des Käufers nicht als definitive Erfüllung erscheint, sondern als provisorische, nicht als Zahlung, sondern als Deckung, als Vorschuß, wenn so geleistet wurde, daß die Leistung erst bei Eintritt einer gewissen Bedingung oder Voraussetzung, nämlich der vertragsmäßigen Leistung des Verkäufers, zur Erfüllung werden sollte. In einem solchen Falle hat der Käufer, wenn der Verkäufer nicht vertragsmäßig oder nicht gesetzmäßig erfüllt hat, das Recht, das Geleistete zurückzufordern. Betreffs der Frage aber, ob vertragsmäßig oder gesetzmäßig erfüllt sei, bleibt die Beweislast beim Verkäufer.

Vergl. Römer in der Zeitschr. für das allg. Handelsrecht Bd. 19 S. 130 flg., Bd. 23 S. 29.

Ob die Leistung des Käufers als Zahlung oder als Vorschuß gegeben werde, dafür ist der Wille der Kontrahenten maßgebend. Im einzelnen Falle wird dieser Wille häufig nicht ausdrücklich ausgesprochen

sein. Es ist dann zurückzugehen auf den allgemeinen Verkehrswillen. Ob es möglich ist, einen gleichmäßigen Inhalt dieses Verkehrswillens für alle Fälle der sogenannten Vorausbezahlung des Kaufpreises festzustellen, kann hier dahingestellt bleiben. Es genügt für den vorliegenden Fall, daß sich bei Genuskäufen für die gegen Aushändigung des Konnossements über die Ware erfolgte Leistung einer Zahlung oder eines Wechselversprechens ein solcher Verkehrswille allgemein feststellen läßt. Derselbe geht dahin, daß in diesen Fällen die Leistung als Vorschuß aufgefaßt wird. Dies ergiebt sich aus folgendem.

Auszugehen ist von dem allgemeinen Rechtssatze, daß, wenn nichts besonderes vereinbart ist, der Verkäufer Zahlung des Kaufpreises nur verlangen kann, wenn er seinerseits erfüllt hat, bezw. gegen Erfüllung, also gegen Leistung des Kaufobjektes, bei Genuskauf gegen Leistung der Ware in der vertragsmäßigen und gesetzmäßigen Beschaffenheit. Daraus folgt, daß beim Genuskaufe der Verkäufer, ehe er den Kaufpreis fordern kann, dem Käufer die Möglichkeit gewähren muß, sich von dieser Beschaffenheit der Ware zu überzeugen.

Bei Platzgeschäften kann der Verkäufer dem Käufer die Möglichkeit der Untersuchung gewähren, ohne sich der Ware zu entäußern, und die Übergabe erst dann vornehmen, wenn Billigung erfolgt ist. Auch beim Distanzgeschäft ist diese Möglichkeit zwar gegeben durch Herbeiziehung eines Dritten, welcher die ihm vom Verkäufer zugesendete Ware für diesen detiniert, dieselbe dem Käufer vorzeigt und nach erfolgter Genehmigung überträgt. Allein ein solches Verfahren ist mit Weitläufigkeiten verbunden und verursacht Kosten. Beides wird vermieden, wenn der Verkäufer die Ware dem Käufer direkt zusendet. Allein damit giebt der Verkäufer die Ware aus der Hand und verliert die Sicherheit, welche er in der Ware hatte. Dazu kommt, daß der Verkäufer, wenn er erst, nachdem die Ware vielleicht nach längerer Zeit in die Hand des Käufers gelangt und von diesem gebilligt ist, den Kaufpreis beanspruchen kann, die Benutzung desselben zu lang entbehren muß. Andererseits ist es leicht thunlich, dem Käufer die ausschließliche Verfügung über die Ware, schon bevor dieselbe zu ihm gelangt, einzuräumen durch Übergabe der Transportpapiere insbesondere des Konnossements, und damit ihm Sicherheit und die Veräußerungsmöglichkeit zu verschaffen.

Es liegt daher nahe, daß schon während die Ware noch unterwegs, ja schon sobald sie nur abgeladen ist, ein Austausch von Werten statt-

findet, welche ebenso als Sicherheiten wie als Gebrauchswerte in Betracht kommen.

Dieser Austausch hat zugleich den Vorteil, daß der Kauf provisorisch, d. h. unter der Voraussetzung erfüllt wird, daß die Ware vertragsmäßig ausfällt, so daß wenn diese Voraussetzung eintritt, von beiden Seiten nichts weiter zu geschehen hat. Die Ware bleibt dann als Erfüllung beim Käufer, die Zahlung als Erfüllung beim Verkäufer. Allein an sich ist dieser Austausch noch keine Erfüllung. Daß der Käufer die Ware, die nicht von gesetzmäßiger oder vertragsmäßiger Beschaffenheit ist, zurückweisen kann, nicht zu empfangen braucht, wenngleich sie ihm durch Konnossement schon tradiert war, wird von niemandem bestritten. In der Aufnahme der übersandten Ware liegt noch keine Empfangnahme, d. h. keine Erklärung des Käufers, daß er die Übergabe der Ware als Erfüllung anerkenne, und ebensowenig liegt eine solche in der Annahme des Konnossements. Dem entspricht aber, daß der Käufer seinerseits die Leistung, welche er dem Verkäufer macht, nicht als Erfüllung auffaßt, sondern als Vorbereitung zu einer solchen. Das Verkehrsbedürfnis geht dahin, daß der Käufer dem Verkäufer, welcher die Ware aus der Hand giebt und damit die Möglichkeit der Verwertung derselben verliert, einen dem Kaufpreise gleichen Wert als Sicherheit und zur Verwertung zuweist. Nicht aber liegt ein Bedürfnis dafür vor, daß der Käufer diesen Wert als Vertragserfüllung gewähre, und im eigenen Interesse des Käufers liegt dies ebenfalls nicht.

Macht sich nun aber im gewöhnlichen Verkehre in keiner Weise das Bedürfnis geltend, unter den angegebenen Verhältnissen eine Leistung (Auszahlung oder Wechselverpflichtung) als Erfüllungshandlung, als definitive Zahlung vorzunehmen, ist vielmehr allen Bedürfnissen bei Auffassung des Geschäftes als Sicherheitsleistung, als provisorischer Zahlung entsprochen, ist also unerfindlich, warum der Käufer sich durch Erfüllung seinerseits in eine schlimmere Lage setzen sollte, so muß es als Äußerung des vernünftigen allgemeinen Verkehrswillens angesehen werden, daß die gegen das Konnossement geleistete Zahlung an sich als Vorschußleistung, als eine provisorische Zahlung gewährt und angenommen werde.

Dieser allgemeine Verkehrswille muß aber im einzelnen Falle dann als maßgebend angesehen werden, wenn besondere ausdrückliche oder stillschweigende Willenserklärungen anderer Art nicht vorliegen.

Zu demselben Resultate, nur in Anwendung auf einen weiteren

Thatbestand und mit zum Teil anderer Begründung, ist das Reichsoberhandelsgericht gelangt.

Entscheid. Bd. 2 Nr. 42 S. 182; Bd. 6 Nr. 62 S. 272; Bd. 7 Nr. 61 S. 236; Bd. 11 Nr. 61 S. 185; Bd. 15 Nr. 62 S. 218.

Über die frühere und die spätere Auffassung des Oberappellationsgerichts Lübeck siehe

Voigts Neues Archiv für Handelsrecht Bd. 4 S. 64."

---

## 27. Mangelhaftigkeit eines Wechselprotestes, wenn in der Protesturkunde nicht vermerkt ist, daß der Protestat abwesend gewesen? W.O. Art. 88.

III. Civilsenat. Urt. v. 25. Januar 1881 i. S. Sch. (Kl.) w. v. P. (Bekl.) Rep. III. 671/80.[1]

I. Landgericht Kassel.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Ein auf A. Sch. in E. lautender Wechsel wurde am Verfalltage protestiert. Die Protesturkunde besagt, daß der Protestbeamte dem Bankhause von A. Sch. in dessen Geschäftslokal, sprechend mit dem Kassierer W., den Wechsel zur Zahlung vorgezeigt habe, worauf letzterer erklärt habe, die Zahlung werde nicht geleistet. Der demnächst angestellten Wechselregreßklage des Indossatars wurde der Einwand entgegengesetzt, daß der aufgenommene Protest den Erfordernissen des Art. 88 Nr. 3 W.O. nicht vollständig entspreche, und war die Klage auf Grund dieses Einwandes von den beiden Vorinstanzen abgewiesen worden. Die dagegen eingelegte Revision wurde von dem Reichsgericht für unbegründet erkannt aus folgenden

Gründen:

„Nach Vorschrift des Art. 88 Nr. 3 der W.O. muß der Protest enthalten: das an die Person, gegen welche protestiert wird, gestellte Begehren, ihre Antwort oder die Bemerkung, daß sie keine gegeben habe oder nicht anzutreffen gewesen sei. Der den Protest aufnehmende Be-

---

[1] Ein anderer Teil des Urteils ist unter „Prozeßrecht" abgedruckt. D. R.

amte hatte also im konkreten Falle im Geschäftslokale des A. Sch., nämlich im Lokale des A. Sch.'schen Bankhauses nach dem Inhaber oder Vertreter des Geschäftes zu fragen und, wenn ein solcher nicht zu treffen war, dessen Abwesenheit im Proteste zu beurkunden. Statt dessen hat der Protestbeamte nach dem hierfür allein entscheidenden Wortlaute des Protestes ohne weiteres mit dem Kassierer des Bankhauses A. Sch. verhandelt. Der Kassierer eines Bankhauses ist für die Regel ein einfacher Bediensteter; daß der fragliche Kassierer etwas anderes, nämlich Teilhaber oder Prokurist des Geschäftes, gewesen, ist thatsächlich nicht festgestellt. Hieraus folgt, daß aus der Protesturkunde selbst nicht ersichtlich ist, ob der eigentliche Protestat abwesend war, in welchem Falle allein der Protestbeamte mit dem anwesenden Dienstpersonale wirksam hätte verhandeln können. Somit hat die Urkunde die im Art. 88 Nr. 3 der W.O. gegebene Vorschrift nicht eingehalten, der aufgenommene Protest ist deshalb mit dem Berufungsrichter für ungültig zu erklären."

---

## 28. Wird bei einem auf Kündigung angestellten Reichsbeamten das Kündigungsrecht durch den Ablauf zehnjähriger Dienstzeit oder durch Eintritt der Dienstunfähigkeit nach Ablauf derselben ausgeschlossen?

R.Ges. vom 31. März 1873 §§. 34 flg. 149. 155.[1]

I. Civilsenat. Urt. v. 24. November 1880 in S. N. (Kl.) w. Oberpostdirektion zu F. (Bekl.) Rep. I. 843/80.

I. Landgericht Frankfurt a. M.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Der Kläger war als Postschaffner bei dem Kaiserlichen Postamte I. in Frankfurt a. M. auf vierwöchentliche Kündigung angestellt. Am 2. Mai 1879 wurde ihm von gedachter Behörde mit Wirkung vom 1. Juni 1879 ab gekündigt. Auf ein unter dem 15. Juli 1879 eingereichtes Pensionsgesuch wurde ihm durch Erlaß des Kaiserlichen Generalpostamtes in Berlin vom 23. August 1879 nach Prüfung der Akten eröffnet, daß seinem Gesuche um Bewilligung eines Ruhegehaltes

[1] Vgl. Bd. 1 Nr. 17 S. 34. D. E.

nicht zu entsprechen sei. Kläger erhob nunmehr, da er eine in den Besoldungsetats aufgeführte Stelle bekleidet habe und nach einer Dienstzeit von mehr als zehn Jahren dienstunfähig geworden sei, auch die Dienstunfähigkeit sich in Ausübung des Dienstes zugezogen habe, auf Grund der §§. 34. 36. 37. 149 des R.Ges. vom 31. März 1873 Klage gegen den Postfiskus auf Zahlung einer jährlichen Pension.

Die Klage wurde in erster und zweiter Instanz abgewiesen und die Revision des Klägers aus folgenden

Gründen

zurückgewiesen.

„Es ist dem Revisionskläger darin Recht zu geben, daß die Abweisung der Klage auf den §. 155 des R.Ges. vom 31. März 1873 nicht gegründet werden konnte. Nach §. 155 sind die Gerichte bei Beurteilung der vor ihnen geltend gemachten vermögensrechtlichen Ansprüche der Reichsbeamten an die Entscheidungen der Disciplinar- und Verwaltungsbehörden darüber, ob ein Reichsbeamter aus seinem Amte zu entfernen oder in den Ruhestand zu versetzen sei, gebunden. Die Kündigung des Dienstes ist keine Entfernung aus dem Amte im Sinne des §. 155, weil hierunter die im §. 73 desselben Gesetzes erwähnte Disciplinarstrafe zu verstehen ist. Der Erlaß des Generalpostamtes vom 23. August 1879 enthält keine Entscheidung darüber, ob Kläger in den Ruhestand zu versetzen, sondern nur darüber, ob ihm eine Pension zu bewilligen sei; er enthält auch keinen Ausspruch darüber, ob Kläger dienstunfähig sei, da der Grund, weshalb dem Gesuch um Bewilligung eines Ruhegehaltes nicht zu entsprechen sei, nicht angegeben, mithin nicht ersichtlich ist, ob die erbetene Pension wegen Mangels der im §. 53 des gedachten Gesetzes geforderten Nachweisung der Dienstunfähigkeit oder wegen der stattgehabten Kündigung oder aus irgend einem anderen Grunde versagt worden ist.

Wenngleich hiernach der gegen das angefochtene Erkenntnis gerichtete Angriff an sich als begründet erscheint, so ist dennoch die Revision gemäß §. 526 C.P.O. zurückzuweisen, weil die Entscheidung sich aus anderen Gründen als richtig darstellt.

Infolge des bei der Anstellung des Klägers gemachten Vorbehaltes stand der Behörde, welche die Anstellung verfügt hatte, das Recht zu, ihn mit Ablauf von vier Wochen nach erfolgter Kündigung zu entlassen. Durch die Bestimmung des §. 37 des R.Ges. vom 31. März

1873, welcher den auf Kündigung angestellten Reichsbeamten, sofern sie eine in den Besoldungsetats aufgeführte Stelle bekleiden, einen Rechtsanspruch auf Pension gewährt, ist das Kündigungsrecht nicht ausgeschlossen. Wäre es die Absicht des Gesetzgebers gewesen, dasselbe nach zehnjähriger Dienstzeit ohne weiteres oder wenigstens nach Eintritt der Dienstunfähigkeit auszuschließen, so hätte es einer diese Absicht verwirklichenden Bestimmung im Gesetze bedurft. Eine solche ist aber nicht vorhanden; vielmehr gewährt §. 32 des Reichsbeamtengesetzes der Behörde, welche die Anstellung verfügt hat, die Befugnis zur Entlassung der auf Kündigung angestellten Reichsbeamten ohne Einschränkung. Es ist übrigens auch nicht anzunehmen, daß es die Absicht des Gesetzgebers gewesen wäre, das Kündigungsrecht in der fraglichen Beziehung einzuschränken. Da die Motive zu §. 37 erwähnen, das revidierte Civil-Staatsdienergesetz für das Großherzogtum Oldenburg vom 28. März 1867 enthalte im Art. 55 die Bestimmung, daß bei widerruflich angestellten Beamten nach dem Eintritt der Voraussetzungen für eine Versetzung in den Ruhestand von dem Kündigungsrecht kein Gebrauch gemacht werden darf, so unterliegt es keinem Zweifel, daß die Nichtaufnahme einer gleichen Bestimmung in das Reichsbeamtengesetz nicht auf einem Übersehen der Frage, sondern auf der Absicht beruht, eine solche Bestimmung nicht zu treffen. Es muß daher angenommen werden, daß das vorbehaltene Kündigungsrecht auch dann fortdauert, wenn bei dem Beamten die Voraussetzungen für eine Versetzung in den Ruhestand bereits eingetreten sind, und daß dasselbe insbesondere zu dem Zwecke ausgeübt werden kann, den Beamten wegen begangener Dienstvergehen ohne Einleitung des Disciplinarstrafverfahrens aus dem Amte zu entfernen. Durch die vermittelst der Kündigung erfolgende Entlassung hören alle Ansprüche aus dem Dienstverhältnisse, insbesondere auch Pensionsansprüche auf. Auch wenn der entlassene Beamte der Ansicht ist, daß ein genügender Grund zur Kündigung nicht vorgelegen habe, kann er vermögensrechtliche Ansprüche für die Zeit nach der Entlassung vor Gericht nicht erheben; ihnen steht nicht §. 155 des Reichsbeamtengesetzes, welcher den Fall der Kündigung nicht erwähnt, aber das Wesen des vorbehaltenen Kündigungsrechtes entgegen, dessen Ausübung dem pflichtmäßigen Ermessen der im §. 52 bezeichneten Behörde überlassen ist, so daß eine richterliche Nachprüfung der Gründe, welche zur Ausübung desselben Veranlassung gegeben

haben, nicht stattfindet. Ob die Entscheidung des Gerichts nicht wenigstens dann angerufen werden könnte, wenn das Kündigungsrecht von der Verwaltungsbehörde dazu mißbraucht worden wäre, einem dienstunfähig gewordenen Beamten, dessen Entlassung nicht durch andere Gründe veranlaßt worden, geflissentlich den Anspruch auf Pension abzuschneiden, kann dahin gestellt bleiben, weil ein solcher Vorwurf von dem Kläger nicht erhoben worden ist."

---

**29. Bestellung eines interimistischen Vorstandes für die Genossenschaft durch den Aufsichtsrat. Ist die Ausantwortung der Urkunden der Genossenschaft an den Anwalt des Aufsichtsrates von rechtlicher Wirkung dem Vereine gegenüber?**

§§. 28 und 29 des Reichsgesetzes v. 4. Juli 1868.

III. Civilsenat. Urt. v. 17. Dezember 1880 in S. V.-Verein zu A. (Kl.) w. L. B. u. Gen. (Bekl.) Rep. III. 629/80.

I. Landgericht Gießen.
II. Oberlandesgericht Darmstadt.

In Folge von Streitigkeiten, die 1879 im Vorschuß-Vereine zu A. „Eingetragene Genossenschaft" ausgebrochen waren, enthob der Aufsichtsrat den Vorstand des Vereines von seinen Funktionen. Dem interimistischen Vorstande wurden zwar die Kassenbestände und Wertpapiere der Genossenschaft behändigt, nicht aber auch die Geschäftsbücher und sonstigen Urkunden des Vereines. Letztere behielt der Vorsitzende des Aufsichtsrates in Besitz und gestattete zunächst deren Einsicht dem von ihm als juristischen Berater beigezogenen, bezw. mit Einleitung gerichtlicher Schritte gegen den früheren Vorstand beauftragten Rechtsanwalt G. zu G. Nachdem jedoch die inzwischen einberufene Generalversammlung des Vereines den früheren Vorstand in sein Amt wieder eingesetzt hatte und die dagegen erhobene Protestation und Beschwerde des Aufsichtsrates erfolglos geblieben war, legte letzterer sein Amt nieder und zeigten dessen Mitglieder ihren Austritt aus der Genossenschaft an. Bei oder unmittelbar nach dieser Anzeige lieferte der Vorsitzende des Aufsichtsrates die in seinem Besitze befindlichen Bücher und sonstigen Urkunden des Vereines dem genannten Rechtsanwalte aus.

Nun erhob der Vorstand Klage gegen den ehemaligen Aufsichtsrat auf Herausgabe jener Urkunden unter der Behauptung, daß dieser solche dem Dr. G. nur zu dem Zwecke behändigt habe, um demselben daraus ein Retentionsrecht wegen seiner Kostenforderung an die Genossenschaft zu verschaffen.

In erster Instanz wurden die Beklagten klaggemäß verurteilt, — in zweiter Instanz die Klage abgewiesen, — in der Revisionsinstanz endlich das erste Erkenntnis wieder hergestellt.

Der Stand der Sache in letzterer ergiebt sich aus folgenden Ausführungen der Parteien:

„Der Vertreter des Revisionsklägers bemerkte unter Bezugnahme auf die Geschäftsübersicht des klagenden Vorschußvereins für 1879 und die Protokolle des ehemaligen Aufsichtsrates dieses Vereines vom ꝛc ꝛc im wesentlichen:

„Nach dem Rechnungsabschluß für das siebzehnte Geschäftsjahr beziffere sich die Einnahme und Ausgabe des klagenden Vereins auf je 2 034 155 M., und liege daher klar vor, daß die Bücher, deren Herausgabe verlangt werde, von großer Erheblichkeit für die Geschäftsführung seien. Zur Sache habe das Berufungsgericht mit Unrecht angenommen, daß der ehemalige Aufsichtsrat des Vorschußvereines nach Gesetz und Statut ermächtigt gewesen sei, die Gesamtheit der Genossenschafter gegenüber dem Vorstande zu vertreten und zur besseren Ausübung der ihm übertragenen Funktionen einen Rechtsanwalt zu bestellen. Auf keinen Fall habe dies geschehen können zum Zwecke der Anfechtung von Beschlüssen der Generalversammlung oder — ohne Ermächtigung der letzteren — zum Zwecke der Prozeßführung gegen den Vorstand. Dazu komme, daß nicht festgestellt sei, daß der dem Rechtsanwalt Dr. G. erteilte Auftrag dahin gegangen sei, die streitigen Schriftstücke mit Rechtswirkung für den Verein in Empfang zu nehmen. Dies habe um so mehr festgestellt werden müssen, als nach dem Thatbestande die Auslieferung der Schriftstücke seitens der Beklagten an Dr. G. erst erfolgt sei, nachdem die Beklagten von ihren Funktionen als Mitglieder des Aufsichtsrates zurückgetreten und aus dem Vereine ausgeschieden seien."

Der Vertreter der Revisionsbeklagten beantragte Verwerfung der Revision. Er hob hervor, daß der Revisionskläger den Wert des

Streitgegenstandes glaubhaft zu machen habe, daß es demselben jedoch nicht gelungen sei, irgend welches besondere Interesse an der Herausgabe der streitigen Schriftstücke darzulegen; es könne deshalb nur der bescheinigte Betrag des Kostenguthabens des Rechtsanwaltes Dr. G. mit 700 M. in Betracht gezogen werden, insofern dieser bereit sei, die vindizierten Bücher ꝛc gegen Zahlung seiner Gebühren und Ausgaben herauszugeben. Eventuell sei das angefochtene Urteil in der Hauptsache vollkommen gerechtfertigt. Schon bei der Klaganstellung sei es dem jetzigen Vorstande des Vereines bekannt gewesen, daß Dr. G. sich im Besitze der fraglichen Schriftstücke befinde, nur gegen letzteren habe daher die Vindikation gerichtet werden können. Im übrigen hätten jene Bücher ꝛc schon früher und zwar schon vom 4. Juli 1879 ab die Unterlagen für die Gutachten und die gerichtlichen Schritte abgegeben, welche Dr. G. namens und in Vollmacht des Aufsichtsrates und des Vorschußvereines gegen den suspendierten Vorstand erstattet und unternommen habe. Jedenfalls sei, wie das der Klagschrift beiliegende Protokoll der Generalversammlung der Genossenschaft vom 3. August 1879 ergebe, nicht etwa nach dem Ausscheiden der jetzt beklagten ehemaligen Mitglieder des Aufsichtsrates aus dem Vereine, sondern bei deren Rücktritte von ihren Funktionen die definitive Auslieferung der Schriftstücke an Dr. G. erfolgt. Unter diesen Umständen habe das Berufungsgericht durch Zurückweisung der Klage keine Rechtsnorm verletzt.

Aus den Gründen:

„I. Das von dem klagenden Vorschußvereine eingelegte Rechtsmittel der Revision muß als formell zulässig erachtet werden. Zwar bindet die in der Klagschrift enthaltene und vom ersten Richter der Kostenfestsetzung zu Grunde gelegte Schätzung des Wertes des Streitgegenstandes auf 2000 M. das Revisionsgericht nicht; wohl aber ist bei der untrennbaren Verbindung, in welcher der größte Teil der Urkunden und Bücher, deren Herausgabe Kläger von den Beklagten verlangt, zu der gesamten Vermögensverwaltung des Vorschußvereines steht, nach freiem richterlichen Ermessen (§. 3 C.P.O.) anzunehmen, daß der Wert des Beschwerdegegenstandes für den Revisionskläger den Betrag von 2000 M. erreiche. Es muß als rechtlich bedeutungslos angesehen werden, daß ein bei dem gegenwärtigen Rechtsstreite als Prozeßpartei nicht beteiligter Dritter, Rechtsanwalt Dr. G. zu G., er-

klärt, er retiniere jene Schriftstücke und sei zu deren Herausgabe gegen Zahlung der ihm als Anwalt des Vereins zukommenden Kosten im Betrage von 700 M. bereit. Denn diese Erklärung entbindet die Beklagten nicht von der persönlichen Verbindlichkeit zur Rückgabe des Streitgegenstandes, falls solche sachlich besteht, und ist deshalb nicht geeignet, die dem Revisionskläger durch das Berufungsurteil etwa zugefügte Beschwerde zu beseitigen und die einmal vorhandene Revisionssumme auf den Betrag von 700 M. zu mindern.

II. Zur Sache selbst führt das Berufungsgericht zur Begründung seines abändernden Erkenntnisses aus, daß nach §§. 28 und 29 des Genossenschaftsgesetzes vom 4. Juli 1868 der Aufsichtsrat des Vorschußvereines zu A. die Befugnis gehabt habe, im Interesse des Vereines alle den Zweck des gegebenen Auftrages nicht überschreitenden Handlungen vorzunehmen. Daraus folge, daß er sich bei der Prüfung der Geschäftsführung und bei der Enthebung des Vorstandes jener Genossenschaft von seinen Funktionen im Juli 1879 eines rechtsverständigen Beirates habe bedienen und zu diesem Behufe einen Rechtsanwalt auf Kosten des Vereines habe bestellen dürfen. Diese Zuziehung und Bestellung sei zu einer Zeit erfolgt, zu welcher der Aufsichtsrat noch an der Stelle der Generalversammlung die Gesamtheit der Genossenschafter dem Vorstande gegenüber vertreten habe, und sei in fortdauernder Wirksamkeit geblieben, nachdem der Aufsichtsrat Ende Juli 1879 seine Thätigkeit eingestellt habe. Darum befreie die von seiten des Mitbeklagten L. B. als Vorsitzenden des Aufsichtsrates bewirkte Zurücklieferung der in Streit befangenen Schriftstücke an Dr. G. als Anwalt des Vereines sämtliche Beklagte von dem erhobenen Anspruche.

Es kann dahin gestellt bleiben, ob der frühere Aufsichtsrat der klagenden Genossenschaft zur Prüfung der Geschäftsführung des von seinem Amte enthobenen Vorstandes sich eines juristischen Beirates bedienen, demnächst zur Wahrung der Interessen des Vereins diesem Vorstande gegenüber, sowie zur Anfechtung der Beschlüsse der Generalversammlung vom 20. Juli 1879 mit Rechtsbestand einen Anwalt bestellen, endlich dem letzteren die Bücher und sonstige Urkunden des Vereines zur Einsicht mitteilen durfte. Denn das angefochtene Erkenntnis ist rechtsirrtümlich, selbst wenn man alle diese Streitpunkte zu Gunsten der Revisionsbeklagten entscheidet. Das Oberlandesgericht,

indem es die Aushändigung der fraglichen Urkunden an den Rechtsanwalt Dr. G. unter dem Gesichtspunkte einer Zurücklieferung derselben an den Bevollmächtigten des Vereines auffaßt, verkennt dabei ebensowohl die Befugnisse eines rechtskundigen Beraters und Vertreters einer Partei nach gemeinem Prozeßrechte, wie die gesetzlich geregelten Befugnisse des Aufsichtsrates einer Genossenschaft.

Aus der durch das Berufungsurteil festgestellten Thatsache allein, daß Rechtsanwalt Dr. G. von dem Aufsichtsrate zum Anwalte der Gesamtheit der Genossenschafter bestellt wurde, folgt in keiner Weise, daß dieser Anwalt berechtigt war, Bestandteile des Vereinsvermögens — zu welchem ohne Zweifel die streitigen Urkunden und Bücher gehören — mit liberierender Wirkung für deren früheren Besitzer in Empfang zu nehmen. Bei der Beurteilung des durch diese Bestellung begründeten Rechtsverhältnisses kann es sich doch nur um den Zweck und den Inhalt der erteilten Vollmachten handeln. Inhaltlich der Protokolle des Aufsichtsrates vom 4. und 21. Juli 1879 war Dr. G. zunächst als „juristischer Sachverständiger" herangezogen und sodann beauftragt worden: „alle gerichtlichen Schritte gegen den alten Vorstand einzuleiten, welche er zur Wahrung der Vereinsinteressen für erforderlich halte." Außerdem erwähnt der Thatbestand einer dem gedachten Rechtsanwalte unterm 7. Juli 1879 ausgestellten Prozeßvollmacht. Unterstellt man nun auch, daß Dr. G. durch alle diese Aufträge in ein Mandatsverhältnis zu der Genossenschaft selbst getreten sei, so erstreckten sich dieselben doch selbstredend nur auf die Vornahme solcher Handlungen, welche Gegenstand der sachverständigen und anwaltlichen Thätigkeit des Beauftragten waren und der Natur der Sache nach sein konnten. Dazu ist aber der Abschluß von Rechtsgeschäften für den Verein, die Annahme und Aufbewahrung von Vereinsakten offenbar nicht zu rechnen, und es überschritt deshalb der genannte Anwalt, als er sich die in Streit befangenen Urkunden und Bücher aushändigen ließ, in rechtlich unzulässiger Weise die Grenzen seines Mandates.

Auf der anderen Seite ist nach Abschnitt III des Gen.-Ges. dem Vorstande die Verwaltung des Genossenschaftsvermögens, sowie die Vertretung der Genossenschaft nach innen und außen übertragen; die Rechte des Aufsichtsrates beschränken sich im wesentlichen auf die innere Kontrolle der Verwaltung, und eine Vertretungsbefugnis ist ihm nur insoweit eingeräumt, als Rechte der Genossenschaft dem Vorstande

gegenüber zu wahren sind. Macht aber der Aufsichtsrat in einem bestimmten Falle von der ihm in §. 28 des Gen.-Ges. gewährten Befugnis, Vorstandsmitglieder von ihren Funktionen zu entbinden und wegen einstweiliger Fortführung der Geschäfte die nötigen Anstalten zu treffen, Gebrauch, so kann er nur neue Vorstandsmitglieder oder interimistische Stellvertreter derselben aus der Zahl der Genossenschafter selbst bestellen und muß jenen die Vermögensverwaltung überlassen.

An diesen gesetzlichen Vorschriften hat das Statut des klagenden Vorschußvereins nichts geändert, und es behauptet auch die vorige Instanz nicht, daß dasselbe nach dieser Richtung anders auszulegen sei.

Demnach mangelte dem Aufsichtsrate jegliche Befugnis, das Vermögen beziehungsweise die Bücher des Vereines selbst an sich zu nehmen oder gar an eine dritte, außerhalb der Genossenschaft stehende Person in Verwahrung zu geben oder sonst auszuhändigen. Gleichwie er die Kassenbestände und Wertpapiere der Genossenschaft dem von ihm provisorisch eingesetzten Vorstande übertragen und demnächst deren Herausgabe an den in der Generalversammlung des Vereines vom 20. Juli 1879 wieder gewählten früheren Vorstand angeordnet hatte, so war er auch verpflichtet, die Bücher und sonstigen Urkunden der Genossenschaft zur Verfügung des Vorstandes zu halten.

Hierzu kommt noch, daß nach dem unangefochtenen Thatbestande des ersten Urteils der Prozeßbevollmächtigte der Revisionsbeklagten selber behauptet hat, die letzteren seien infolge des ihnen am 21. Juli 1879 erteilten Rates von ihrem Amte zurückgetreten, und darauf habe ihm, dem Anwalt, der Mitbeklagte L. B. die fraglichen Schriftstücke übersendet. Erfolgte nun auch, wie das Berufungsurteil auf Grund der Verhandlungen zweiter Instanz feststellt, die Niederlegung des Amtes selbst nicht vor Ende Juli, so ging doch solche der Aushändigung der Urkunden und Bücher an Dr. G. voraus. Nach ihrem Ausscheiden waren aber die Revisionsbeklagten überhaupt nicht mehr zur Vertretung des Vereines befugt, sie konnten insbesondere die dem gedachten Anwalt erteilten Vollmachten weder ausdrücklich noch stillschweigend mehr erweitern.

Die eventuellen Berufungsanträge der jetzigen Revisionsbeklagten sind unbeachtlich.

Denn die erhobene Klage verfolgt keinen Eigentumsanspruch;

die Beklagten sind vielmehr als ehemalige Mitglieder des Aufsichtsrates der klagenden Genossenschaft auf Grund der ihnen nach Gesetz und Statut obliegenden persönlichen Verbindlichkeit, die streitigen Akten an den Vorstand zurückzugeben, belangt worden. Dieser Verpflichtung vermochten sie sich dadurch nicht zu entziehen, daß sie den Besitz der Urkunden aufgaben.

Zwar konnte sodann nur einer der mehreren Beklagten diese Schriftstücke besitzen; indem solche aber der Vorsitzende des Aufsichtsrates infolge eines gemeinschaftlich gefaßten Beschlusses des letzteren an sich nahm, übte er diesen Besitz zugleich für sich und namens der übrigen Mitbeklagten aus.

Daß endlich die Bücher des Vereines zur Zeit der Klagerhebung den Gerichten vorlagen, hindert die Verurteilung der Beklagten nach dem Klagantrage nicht, da die Gerichte nur durch den Aufsichtsrat der klagenden Genossenschaft in den Besitz der Bücher gekommen waren, diese auch nach dem eignen Vorbringen der Beklagten im Laufe des Prozesses wiederum an ihren Stellvertreter zurückgelangt sind.

Die Revision war daher für begründet zu erachten und unter Verwerfung der Berufungsanträge der Beklagten das Landgerichtsurteil zu bestätigen."

---

## 30. Bedarf es bei mehreren, auf einander folgenden Sendungen gleichartiger Ware unter denselben Kontrahenten in Bezug auf jede einzelne Sendung einer besonderen Mängel-Anzeige nach Art. 347 H.G.B.?

I. Civilsenat. Urt. v. 11. Dezember 1880 i. S. U. (Bekl.) w. S. (Kl.) Rep. I. 334/80.

I. Stadtgericht Berlin.
II. Kammergericht daselbst.

Die Beklagte (Zwischenhändler) erhielt in fortlaufendem Geschäftsverkehr vom Kläger (Fabrikant) Sendungen von Leisten und dergleichen für Schuhmacher bestimmte Waren in den verschiedensten Façons und Maßen auf jedesmalige Bestellung in jedesmal kurzen Zwischenräumen

von einer oder einigen Wochen. Gegenstand der vorliegenden Klage war der Preis von drei solchen Sendungen; bezüglich der beiden ersten Sendungen hatte die Beklagte gemäß Art. 347 H.G.B. Mängelanzeige gemacht, nicht aber bezüglich der dritten Sendung. Sie excipierte vertragswidrige Qualität bez. aller drei Sendungen. Kläger replizierte, daß die dritte Sendung gemäß Art. 347 für genehmigt zu achten sei. Die Beklagte machte dagegen geltend, daß sie bezüglich der dritten Sendung nicht von neuem habe monieren müssen, weil die Ware dieser Sendung von derselben schlechten Qualität gewesen sei, wie die beiden ersten Sendungen, daß daher Kläger beweisen müsse, daß die Beklagte mit der dritten Sendung eine andere Ware erhalten habe, als mit den beiden ersten Sendungen; sie meinte, daß sie, da sie die beiden ersten Sendungen rechtzeitig und ordnungsmäßig moniert habe, einer wiederholten Mängelanzeige bezüglich der dritten, an denselben Mängeln, wie die beiden ersten Sendungen, leidenden Sendung überhoben gewesen sei. Dieser Einwand wurde jedoch vom Reichsgericht verworfen und die dritte Sendung für genehmigt erachtet. Nachdem ausgeführt worden, daß nach konstanter Rechtsprechung der Käufer darzulegen und nachzuweisen habe, daß er dem Art. 347 entsprechende Mängelanzeige gemacht habe, heißt es in den Gründen:

„Der Regel gemäß mußte die Beklagte als Käuferin bezüglich jeder Sendung unter dem Präjudiz der Genehmigung monieren, indem es nicht sowohl darauf ankam, ob die dritte Sendung der ersten und zweiten Sendung gleich oder ungleich war, als darauf, ob sie im Falle eines Kaufes auf Probe der Probe entsprach, andernfalls ob sie von vertragsmäßiger oder gesetzlicher (Art. 335 H.G.B.) Qualität war. Ob unter besonderen Umständen eine Ausnahme von dieser Regel statuiert werden kann, muß hier unerörtert bleiben, jedenfalls würde aber der Käufer die thatsächlichen Voraussetzungen einer solchen Ausnahme darzulegen haben, und das ist hier seitens der Beklagten nicht geschehen."

---

## 31. Liquidation des dem Konnossements-Erwerber wegen falscher Datierung des Konnossements vom Schiffer und Rheder zu leistenden Schadensersatzes.

I. Civilsenat. Urt. v. 15. Dezember 1880 i. S. W. (Bekl.) w. T. (Kl.) Rep. I. 852/80.

I. Landgericht Hamburg.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Der Beklagte kaufte im August 1879 eine Anzahl Barrels Harz August-September-Abladung per Segelschiff von Amerika zu M. 3,80 für 100 Pfd., Zahlung durch Accept gegen Konnossement. Er empfing von den Verkäufern im Oktober 1879 gegen Accept Konnossemente über eine entsprechende Anzahl Barrels Harz, welche von dem Kläger als Schiffer des schwedischen Barkschiffes Israel gezeichnet und „Wilmington den 27., 29., 30. September" datiert waren. Die Abladung des Harzes war aber erst am 30. September begonnen und am 6. Oktober beendigt worden. Der Beklagte behauptet, hierdurch in Schaden gekommen zu sein, und macht gegen die Frachtforderung des Klägers kompensierend seine Schadensersatzforderung geltend. Er liquidiert als Schaden in erster Reihe M. 0,70 für je 100 Pfd., weil eine August-September-Abladung spätestens Mitte November vor Eintritt der Eissperre in Hamburg angekommen sein und damals den Wert von M. 4,85 gehabt haben würde, die mit dem Israel beförderte Oktoberabladung aber wegen der Eissperre erst Mitte Februar angekommen sei und damals den Wert von M. 4,15 gehabt habe; eventuell liquidiert Beklagter M. 0,25 für je 100 Pfd. als die Differenz des von ihm bezahlten Preises einer September-Abladung und des geringeren Preises, zu welchem Oktober-Abladung um deswillen gehandelt zu werden pflege, weil Käufer dabei größere Gefahr laufe, die Weiterversendung zu Kahn nicht mehr bewirken zu können und deshalb die Kosten der Aufbewahrung während des Winters tragen zu müssen.

Das Reichsgericht schloß sich in betreff der Schadensersatzpflicht des Schiffers der Ansicht des R.O.H.G.'s (Entsch. Bd. 25 Nr. 47 S. 192) an, verwarf die Revision in betreff der principalen Schadensliquidation, indem es die Zurückweisung derselben auf Grund der thatsächlichen Feststellung des Berufungsgerichts für gerechtfertigt hielt, ließ dagegen die eventuelle Schadensliquidation, welche das Berufungsgericht ebenfalls verworfen hatte, zu.

Aus den Gründen:

„Mit Recht nimmt das Berufungsgericht an, Kläger sei verpflichtet,

den Beklagten so zu stellen, wie er stehen würde, wenn die Konnossemente richtig, etwa vom 7. Oktober 1879, datiert gewesen wären. War dies der Fall, so konnte Kläger aus den ihm übergebenen Konnossementen ersehen, daß sie Oktober-Abladung zum Gegenstand hatten; er war alsdann, da er August-September-Abladung gekauft hatte, berechtigt, unter Zurückweisung der Konnossemente die Berichtigung des Kaufpreises wegen Nichterfüllung des Vertrages zu verweigern. Infolge der durch unrichtige Datierung der Konnossemente hervorgerufenen Meinung aber, daß sie September-Abladung zum Gegenstande hätten, hat er dieselben als Erfüllung des Kaufvertrages angenommen und die Verkäufer durch Accept befriedigt. Es kommt mithin darauf an, durch eine Vergleichung der vermögensrechtlichen Lage des Beklagten, wie sie sich im ersten Falle gestaltet haben würde, mit der wirklichen Gestaltung derselben im zweiten Falle zu entscheiden, ob und welcher Nachteil den Beklagten getroffen hat...

Unzutreffend ist die Ansicht des Berufungsgerichts, die Annahme der Konnossemente und die Berichtigung des Kaufpreises durch Accept habe dem Beklagten keinen Schaden gebracht, weil die Ware, wie er zugebe, bei Ankunft mehr wert gewesen sei, als der Preis, den er dafür bezahlte. Auf das Verhältnis des Wertes der Ware zum Preise würde es ankommen, wenn es sich um die Frage handelte, ob der Abschluß des Kaufgeschäftes dem Beklagten Nachteil gebracht habe. Dagegen kommt es hierauf nicht an bei der zu beantwortenden Frage, ob der Beklagte dadurch in Schaden gekommen sei, daß er die Konnossemente irrtümlich als Erfüllung des Kaufvertrages annahm. Beide Fragen fallen keineswegs zusammen. Es ist möglich, daß erstere Frage zu verneinen ist, weil sowohl der Wert der August-September-Abladung als der Wert der Oktober-Abladung den Kaufpreis überstieg, und daß dennoch die zweite Frage bejaht werden muß, weil der Gewinn des Beklagten größer gewesen sein würde, wenn er nicht Oktober-Abladung irrtümlich als September-Abladung angesehen und abgenommen hätte....

Wenn, wie Beklagter behauptet, in Hamburg Oktober-Abladungen amerikanischen Harzes um mindestens 25 Pf. per Centner billiger gehandelt zu werden pflegen, als September-Abladungen, so hätte Beklagter, falls die ihm übergebenen Konnossemente der Wahrheit gemäß auf Oktober-Abladung lauteten, unter Zurückweisung derselben anderweit Oktober-Abladung zu geringerem Preise als September-Abladung kaufen können. Er erlitt mithin einen Schaden, indem er eine Oktober-Abladung

in der irrigen Meinung, daß es eine September-Abladung und er zur Abnahme verpflichtet sei, annahm und mit dem für September-Abladung bedungenen höheren Preise bezahlte."

---

## 32. Tritt die Perfektion eines Lebensversicherungsvertrages für jedes Jahr erst mit Zahlung der Jahresprämie ein?

I. Civilsenat. Urt. v. 5. Januar 1881 i. S. Jean W. u. Gen. (Kl.) w. Allg. Assek. zu T. (Bekl.) Rep. I. 850/80.

I. Landgericht Rostock.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Der Vater der Kläger hatte sein Leben bei der beklagten Gesellschaft zu Gunsten seiner Kinder gegen eine in Monatsraten am ersten eines jeden Monats zahlbare lebenslängliche Jahresprämie versichert. Die Police enthielt die Bestimmung:

„Die erste Prämienrate mit Gebühr ist sofort nach Aushändigung dieser Police zu zahlen, auch tritt diese Versicherung nicht eher in Kraft, als bis solche geschehen ist. Unterbleibt eine Prämienzahlung innerhalb der dafür bestimmten Frist (Art. 2), so ist diese Versicherung ganz erloschen."

Art. 2 der auf der Police abgedruckten allgemeinen Versicherungsbedingungen bestimmte:

„Alle Prämienzahlungen müssen in den bestimmten Terminen gegen Quittung der Gesellschaft pränumerando geleistet werden, bei jährlichen und halbjährlichen Zahlungen innerhalb 30 Tagen, bei vierteljährlichen innerhalb 15 Tagen und bei monatlichen innerhalb 3 Tagen nach dem in der Police festgesetzten Zahlungstage. Mit dem Ablauf dieser Fristen ist bei nicht geschehener Prämienzahlung die Versicherung auf Ableben . . . erloschen."

Nach dem am 3. Dezember 1878 eingetretenen Tode des Vaters der Kläger verweigerte Beklagte die Zahlung der Versicherungssumme, weil der Versicherte die letzten vom 1. Juli bis 1. Dezember 1878 fälligen Prämien nicht bezahlt hatte.

Die Kläger behaupteten, das Recht auf die Versicherungssumme

nicht verloren zu haben, weil ihr Vater infolge eines am 30. Juni 1878 erlittenen Schlaganfalles bis zu seinem Tode dispositionsunfähig, mithin ohne sein Verschulden die Prämienzahlungen zu leisten außer stande gewesen sei.

Das Landgericht verurteilte nach dem Klagantrage. Das Oberlandesgericht wies die Klage ab, indem es dem Gerichte erster Instanz zwar darin beitrat, daß die Zahlung der Prämien wegen Dispositionsunfähigkeit des Vaters der Kläger ohne seine Schuld unterblieben sei, diesen Umstand aber für unerheblich erachtete, weil nach der Natur des in Rede stehenden Vertrages und nach der unter den Kontrahenten getroffenen Abrede die bloße Thatsache der Nichtzahlung der Prämie den Klaganspruch ausschließe.

Das Reichsgericht verwarf die Revision der Kläger, jedoch aus teilweise anderen Gründen, indem es ausführte:

„Das Berufungsgericht gründet seine Entscheidung zuvörderst auf die Natur des in Rede stehenden Vertrages, aus welcher zu entnehmen sei, daß die Zahlung der Prämie zur Verfallzeit die wesentliche Vorbedingung der Verpflichtung des Versicherers bilde. Wenngleich schon beim Abschlusse des Vertrages die Absicht der Parteien auf lebenslängliche Dauer desselben gerichtet und die Jahresprämie mit Rücksicht auf die mutmaßliche Lebensdauer festgesetzt sei, so erscheine doch der Vertrag nur für die Zeit, für welche die Prämie schon bezahlt worden, als vollständig perfekt, und es finde vermittelst der Prämienzahlungen von Termin zu Termin eine Prolongation des Vertrages statt. Es wird mithin in ähnlicher Weise, wie das römische Recht (l. 8 Dig. de peric. 18, 6) den zwar endgültig vereinbarten, aber suspensiv bedingten Kaufvertrag als imperfekt bezeichnet, zwischen Abschluß und Perfektion des Lebensversicherungsvertrages unterschieden und hieraus die Folgerung abgeleitet, daß bei einer Versicherung auf den Todesfall der Anspruch auf die Versicherungssumme nicht eintritt, wenn der Tod während eines Zeitraumes erfolgt, für welchen die Prämie noch nicht entrichtet war.

Wenn es nun auch keinem Zweifel unterliegt, daß das Rechtsverhältnis in dieser Weise durch eine in den Versicherungsvertrag aufgenommene Bestimmung geordnet werden kann, so greifen doch Revisionskläger mit Recht die Annahme an, daß dasselbe auch ohne solche Bestimmung schon nach der Natur des Geschäftes sich von selbst verstehe.

Faßt man den Lebensversicherungsvertrag mit der noch immer vorherrschenden Lehre,

vergl. Goldschmidt, Handb. des Handelsrechts 2. Aufl. Bd. 1 S. 582 und Zeitschr. für Handelsr. Bd. 23 S. 179,

als eine Art des Versicherungsvertrages auf, so ergiebt sich bei Anwendung der allgemeinen Grundsätze des Versicherungsrechts, daß zwar die ältere Theorie und Praxis annahm, die Übernahme der Gefahr von seiten des Versicherers und die Zahlung der Prämie von seiten des Versicherungsnehmers seien Korrelate, deren jedes das andere voraussetze, so daß, wo keine Prämie gezahlt worden, die Gefahr nicht auf den Versicherer übergehe, und umgekehrt, daß dagegen in neuerer Zeit eine andere Auffassung des Versicherungsvertrages im Verkehr zur Herrschaft gelangt ist, der zufolge derselbe einen unbedingten Konsensualvertrag bildet, welcher nicht erst durch Leistung des einen oder anderen Teiles, sondern schon durch die Willensübereinstimmung zustande kommt, und bei welchem es in der Willkür der Vertragschließenden steht, wie sie die Prämienzahlung und deren Verhältnis zu dem Anspruch auf die Versicherungssumme ordnen wollen.

Vergl. Malß, Zeitschr. für Handelsr. Bd. 6 S. 368, Bd. 13 S. 81; Kübel, Zeitschr. für Versicherungsr. Bd. 1 S. 31; Entsch. des R.O.H.G.'s Bd. 5 S. 118.

Sieht man dagegen auf die besondere Natur des Lebenversicherungsvertrages, durch welche er sich von den sonstigen Versicherungsverträgen in wesentlichen Beziehungen unterscheidet,

vergl. Hinrichs, Zeitschr. für Handelsr. Bd. 20 S. 387; Dernburg, preußisches Privatrecht Bd. 2 §. 239,

oder gar, wie andere annehmen, aus dem Gebiet des Assekuranzrechtes ganz ausscheidet,

vergl. Thöl, Handelsr. Bd. 1 §. 310,

so scheint zwar der Zweck desselben, durch periodische Einzahlung kleinerer Beträge das Recht auf Auszahlung einer bestimmten größeren Summe beim Todesfall zu erwerben, und die hieraus ersichtliche Ähnlichkeit mit der Einzahlung von Darlehn bei Sparkassen den Schluß zu rechtfertigen, daß das Recht auf Auszahlung der Versicherungssumme durch vorgängige Einzahlung der Prämie bedingt sei, so daß der Versicherungsnehmer durch den Abschluß des Versicherungsvertrages auch ohne ausdrückliche Festsetzung schon nach der Natur des Geschäfts nur

ein zur Zahlung der Prämie suspensiv bedingtes Recht auf die Versicherungssumme erlange.

Vergl. Hinrichs a. a. O. S. 407; Dernburg, a. a. O. S. 639.

Allein dieser Schluß, welchen andere nicht ziehen,

vergl. Thöl a. a. O. §. 310 a. E.,

ist — abgesehen von dem hier nicht in Frage stehenden Anspruch auf Rückerstattung eingezahlter Beiträge bei Aufgebung der Police — in der That nicht gerechtfertigt. Denn, während bei einem Darlehnsvertrage die zum Wesen desselben gehörige Pflicht, das Empfangene in gleicher Art und Menge zurückzugeben, den vorgängigen Empfang mit Notwendigkeit voraussetzt, trifft dies bei dem Lebensversicherungsvertrage nicht zu, weil die Versicherungssumme, wenn auch mit Rücksicht auf den Betrag der mutmaßlich zu empfangenden Prämien berechnet und festgesetzt, doch von der Höhe der wirklich empfangenen Prämien unabhängig ist und keineswegs immer in einer Rückzahlung besteht.

Wenn ferner das Berufungsgericht sich darauf beruft, daß Versicherungsverträge regelmäßig mit Gesellschaften geschlossen werden, welche das größte Interesse daran haben, daß die Prämien rechtzeitig gezahlt werden und bei Nichtzahlung derselben keine Ungewißheit darüber bestehe, ob die Versicherung fortdaure oder nicht, so ist dies zwar vollkommen richtig und erklärt die Erscheinung, daß die Versicherungsgesellschaften in ihre Versicherungsbedingungen regelmäßig eine Bestimmung aufnehmen, welche für den Fall der Nichtzahlung der Prämie den Verlust des Anspruchs auf die Versicherungssumme androht. Dagegen sind diese Gründe nicht geeignet, die Annahme zu rechtfertigen, daß diese Folge der Nichtzahlung der Prämie auch ohne eine deshalbige Festsetzung in den Versicherungsbedingungen als nach der Natur des Rechtsgeschäfts beiderseits gewollt sich von selbst verstehe.

Auch wenn dem Berufungsgericht darin beizustimmen wäre, daß bei einem Lebensversicherungsvertrag das Recht des Versicherungsnehmers, von dem Vertrage jederzeit zurückzutreten, auch ohne Einräumung desselben in den Versicherungsbedingungen schon nach der Natur des Geschäfts sich von selbst verstehe, und daß schon in der Nichtzahlung der Prämie eine Rücktrittserklärung enthalten sei, so würde dies doch nicht den hieraus gezogenen Schluß rechtfertigen, daß erst durch Zahlung der Prämie die Versicherung für den Zeitraum, für welchen die Prämie gezahlt worden, in Wirksamkeit trete, mithin erst hierdurch der Vertrag

für diesen Zeitraum zur Perfektion gelange. Denn aus der Befugnis des Versicherungsnehmers, die Beendigung des Rechtsverhältnisses nach Belieben herbeizuführen, folgt nicht, daß dasselbe überhaupt nicht in Wirksamkeit getreten sei.

Die Angriffe des Revisionsklägers gegen die Ausführungen des Berufungsgerichts über die Natur des Lebensversicherungsvertrages, durch welche auch die dem vorliegenden Vertrage von demselben gegebene Auslegung beeinflußt wird, sind demnach als begründet anzuerkennen. Dessenungeachtet ist die Revision nach §. 526 C.P.O. zurückzuweisen, weil die angefochtene Entscheidung aus anderen Gründen, nämlich nach dem Inhalt der in Rede stehenden Police, sich als richtig darstellt. . . .

Da dies Ergebnis schon aus dem Inhalt der Police zu entnehmen ist, ist es nicht nötig, die Frage zu entscheiden, ob im allgemeinen bei Versicherungsprämien, welche in wiederkehrenden Fristen zu bezahlen sind, und insbesondere bei Lebensversicherungsprämien die Bestimmung, daß die Nichtzahlung der Prämie innerhalb der bestimmten Frist das Erlöschen der Versicherung nach sich zieht, im Zweifel als eine nur im Interesse der Versicherungsgesellschaft zur Sicherung des pünktlichen Einganges der Prämie oder als eine auch im Interesse des Versicherungsnehmers zur Ermöglichung jederzeitigen Rücktrittes desselben vom Vertrage getroffene Bestimmung aufzufassen und im ersteren Falle im Zweifel von einer Verwirkungsklausel oder von einer mit Ablauf der Frist von selbst eintretenden Resolutivbedingung zu verstehen ist. . . .

Von den Revisionsklägern ist die Frage angeregt worden, ob nicht die beklagte Gesellschaft die Nichtzahlung der gedachten Prämienraten durch eigenes Verschulden herbeigeführt habe, indem ihr die Verpflichtung obgelegen habe, die Prämien einzuziehen, und nicht festgestellt sei, daß sie dieser Verpflichtung genügt habe. Auf diese Frage kann nicht eingegangen werden, weil sie erst in der Revisionsinstanz angeregt worden ist. Wollten Kläger behaupten, daß Beklagte allein die Schuld trage, daß die Prämienzahlung nicht geleistet worden sei, so hätten sie diese allerdings erhebliche Behauptung,

vergl. Entscheidungen des Reichsgerichts in Civils. Bd. 1 S. 196,

in den Vorinstanzen geltend machen müssen, was nicht geschehen ist.

Ob mit der französischen Jurisprudenz,

vergl. Molineau, Jurisprudence des assurances sur la vie en France et en Belgique, 1877 no. 32, 60 et suiv.,

anzunehmen ist, daß das Erlöschen der Versicherung in Fällen der vorliegenden Art ungeachtet der Nichtzahlung der Prämie innerhalb der dafür bestimmten Frist dennoch nicht eintrete, wenn der zur Zahlung der Prämie bereite Versicherungsnehmer an der Vornahme der dazu nötigen Handlung durch höhere Gewalt gehindert worden ist, kann dahingestellt bleiben, da nicht festgestellt und nicht einmal behauptet worden ist, daß der Vater der Kläger willens und imstande gewesen sei, die fälligen Prämien zu bezahlen, und nur der eingetretene Schlagfluß ihn an der Ausführung dieser Absicht gehindert habe."

---

## 33. Lieferungsvertrag oder Einkaufskommission?

I. Civilsenat. Urt. v. 5. Januar 1881 i. S. A. D. & Co. (Kl.) w. T. (Bekl.) Rep. I. 854/80.

I. Landgericht I Berlin.
II. Kammergericht daselbst.

Die klagende Baseler Firma sandte der beklagten Berliner Firma Cachemir-Muster mit der Aufforderung, darauf Bestellungen zu machen, unter Beifügung einer Preisliste, in welcher die Preise für die einzelnen Patrons mit dem Beisatze angegeben waren: „Preis per Dutzend mit 10 % Disconto — franco Basel — netto 30 Tage — Kommission 3 % — Lieferung nach Placierung der Kommission innerhalb 15 Tagen." Der Beklagte antwortete brieflich: „Nach den genannten Scarfs-Mustern bestelle Ihnen nebenstehend 3 Patrons, obgleich Preise auffällig hoch sind." Das Landgericht faßte den Vertrag als Kauf auf und verurteilte die Beklagte gemäß dem Klägantrage zur Zahlung der in der Preisliste enthaltenen Preise abzüglich 10 % Escompte und zuzüglich 3 % Kommission.

Das Kammergericht dagegen faßte den Vertrag als Einkaufskommission auf und wies die Klage ab, weil Klägerin unterlassen habe, der Verpflichtung zur Rechnungsablage zu genügen.

Das R.G. stellte das erste Erkenntnis wieder her.

Aus den Gründen:

„Die Annahme des Berufungsgerichts, daß der zwischen den Par-

teien abgeschlossene Vertrag, aus welchem geklagt wird, nicht ein Kauf, sondern eine Einkaufskommission sei, enthält nicht eine thatsächliche Feststellung, an welche das Revisionsgericht nach §. 524 C.P.O. gebunden wäre, sondern eine rechtliche Beurteilung, welche der Nachprüfung des Revisionsgerichts nach §§. 511. 512 C.P.O. unterliegt. In thatsächlicher Hinsicht ist nur festgestellt, daß der Vertrag auf dem Korrespondenzwege durch die in Abschrift vorgelegten Briefe der Parteien abgeschlossen worden ist. Ob die hierin enthaltenen Willenserklärungen derselben einen Kaufvertrag, ein Kommissionsgeschäft oder ein sonstiges Rechtsgeschäft darstellen, ist ein der Revision unterliegendes Urteil, welches in einer Anwendung der Rechtsnormen über die begrifflichen Merkmale der in Frage stehenden Rechtsgeschäfte auf die festgestellten Willenserklärungen besteht.

Im Anschluß an die Rechtsprechung des vormaligen R.O.H.G.'s, welches Verträge der vorliegenden Art für Kaufverträge erklärt hat (vgl. Entsch. Bd. 3 S. 43, Bd. 12 S. 121), tritt der Gerichtshof gegen die Ansicht des Berufungsgerichts der Entscheidung erster Instanz bei. Wenn auch bei Anknüpfung der Geschäftsverbindung mit dem Beklagten die Klägerin in dem Schreiben vom 15. März 1879 sich zur Besorgung von Einkaufskommissionen erboten hat, so folgt doch hieraus nicht, daß jedes zwischen ihnen abgeschlossene Geschäft diesen Charakter habe; es war hierdurch — bei der häufig vorkommenden Verbindung des Kommissionsgeschäftes mit Geschäften für eigene Rechnung und Gefahr — keineswegs ausgeschlossen, daß Klägerin dem Beklagten bei einzelnen Geschäften als Verkäuferin gegenübertrat. Daß dies im vorliegenden Falle geschehen, ergiebt die Verabredung eines festen Preises, welche das Berufungsgericht ohne Grund als Einkaufs-Limito auffaßt. Daß Klägerin hierbei 3 % Kommission berechnete, steht der Annahme, daß ein fester Kaufpreis bedungen worden, ebensowenig entgegen, wie die Versicherung der Klägerin „wir geben nur Fabrikpreise". Hiermit waren nur die Grundsätze bezeichnet, nach denen Klägerin bei der Berechnung des Kaufpreises zu verfahren versicherte. Der Kaufpreis konnte in der Weise vereinbart werden, daß der Anschaffungspreis mit einem Zuschlage von bestimmten Prozenten als Entgelt für die jedem Handelsbetriebe innewohnende Vermittlerthätigkeit die Faktoren bildete aus welchen derselbe zu berechnen war. Das aus der Korrespondenz der Parteien ersichtliche Rechtsgeschäft trug alle Merkmale eines nach

den gesetzlichen Bestimmungen über den Kauf zu behandelnden Lieferungsgeschäftes (H.G.B. Art. 338) und zwar eines Kaufes nach Muster (H.G.B. Art. 340) an sich.

Die Klage durfte demnach nicht aus dem Grunde abgewiesen werden, weil Klägerin der Verpflichtung, als Kommissionärin Rechnung zu legen, nicht genügt habe."

---

## 34. Erfüllungsort nach der Natur des Geschäftes. Art. 324 Abs. 1 HGB.

I. Civilsenat. Querel-Bescheid v. 12. Januar 1881 i. S. E. (Kl.) w. E. (Bekl.) Rep. I. 712/80.

I. Landgericht Neustrelitz.

Der in Schönberg in Mecklenburg wohnende Kläger hat von der in Chelmsford in England domizilierten beklagten Firma eine Dampfmaschine, welche für eine gewerbliche Anlage in Schönberg bestimmt war, käuflich erhalten und, weil die Maschine angeblich nicht die vertragsmäßigen Eigenschaften hatte, bei dem Gericht in Mecklenburg als dem Gerichtsstande des Vertrages eine Entschädigungsklage angestellt. Die Beklagte erhob die Einrede der Unzuständigkeit, und es wurde namentlich darüber gestritten, ob der Erfüllungsort Schönberg oder Chelmsford sei. Das Reichsgericht interloquierte noch auf Beweis der Behauptung des Klägers, daß nach dem Vertrage resp. nach der übereinstimmenden Absicht der Kontrahenten Schönberg der Erfüllungsort sei, und führt über die Frage, ob nach der Natur des Geschäftes der eine oder der andere Ort der Erfüllungsort sei, in den

Gründen

aus:

„Es kommt nicht entscheidend darauf an, daß Kläger die Lokomobile nicht in England, sondern in Schönberg als dem Benutzungsorte in Empfang nehmen sollte; diese Empfangnahme in Schönberg ist wohl vereinbar mit der Bestimmung von Chelmsford als Erfüllungsort. Es kommt vielmehr darauf an, wo, in England oder in Schönberg, die Beklagte, die ihr nach Maßgabe des Vertrages obliegenden Verpflich-

tungen zu erfüllen hatte. Der Beklagten steht in dieser Beziehung die gesetzliche Regel zur Seite, nach welcher, wenn die im Art. 324 Abs. 1 HGB. angegebenen besonderen Voraussetzungen fehlen, nach Art. 324 Abs. 2 zunächst der Ort der Handelsniederlassung des Verpflichteten, also hier Chelmsford, als der Erfüllungsort anzusehen ist. Es kann nun zunächst nicht angenommen werden, daß nach der Natur des Geschäftes Schönberg als Ort der Erfüllung der Verpflichtungen der Beklagten anzusehen sei. Ob nämlich Chelmsford oder Schönberg als Erfüllungsort anzusehen ist, hängt nach der konkreten Sachlage davon ab, ob der Transport der Lokomobile von Chelmsford nach Schönberg nach der Intention der Paciscenten ein Geschäft des Klägers oder der Beklagten sein sollte, ob also die von der Beklagten übernommene Besorgung des Transportes nur als eine von der Beklagten neben der Lieferung der Maschine übernommene Geschäftsführung für den Kläger dergestalt, daß Beklagte ihre Vertragspflicht mit der Übergabe der Lokomobile an einen geeigneten Frachtführer erfüllt hatte, aufgefaßt ist, oder ob Beklagte, um sich in den Stand zu setzen vertragsmäßig zu liefern, die Lokomobile nach Schönberg transportieren und durch Ablieferung in Schönberg erst ihre Vertragspflicht erfüllen sollte, sodaß der Transport von Chelmsford nach Schönberg eine den Kläger nicht berührende Angelegenheit war. Mit der Natur des Geschäfts sind offenbar beide Alternativen gleich vereinbar; es kann auch nicht einmal behauptet werden, daß nach der Verkehrssitte eine größere Wahrscheinlichkeit für die zweite Alternative spräche. Es kommt vielmehr nur darauf an, welche der beiden Alternativen von den Paciscenten gewollt ist, mag dieser Wille ausdrücklich erklärt sein oder sich aus schlüssigen Umständen ergeben. In letzterer Beziehung ist der Umstand, daß Kläger unbestritten die Bezahlung der Fracht übernommen und geleistet hat, nicht ohne weiteres gegen den Kläger entscheidend, da auch, wenn Schönberg als Erfüllungsort gewollt war, Kläger als Teil des Kaufpreises die Zahlung der Fracht übernehmen konnte. Von größerem Gewicht ist die Frage, welche der Parteien die Transportgefahr übernommen hat, wofür namentlich die Frage, wer die Transportversicherung übernommen, von Erheblichkeit sein würde, indem, wenn Kläger die Transportgefahr übernommen hätte, anzunehmen sein würde, daß Chelmsford, entgegengesetzten Falles, daß Schönberg Erfüllungsort sein sollte, sofern sich nicht aus anderen schlüssigen Umständen ein anderes ergiebt. Da nun

beiderseits behauptet wird, daß eine Vertragsbestimmung über den Erfüllungsort getroffen sei, der Inhalt dieser Vertragsbestimmung aber von den Parteien verschieden behauptet ist, so ist die Entscheidung über das forum contractus noch durch ein Beweisverfahren bedingt."

---

**35. 1. Findet die Vorschrift des Art. 314 Abs. 2 H.G.B. auch dann Anwendung, wenn der Konkurs über das Vermögen des Schuldners noch nicht eröffnet, aber mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist?**
**2. Kann derjenige sich der Kompensation bedienen, welcher eine rechtswidrige Handlung zu dem Zwecke vorgenommen hat, sich ein Kompensationsobjekt zu verschaffen?**

I. Civilsenat. Urt. v. 19. Januar 1881 i. S. F. Nachfolger (Kl.) w. R. F. & Co. (Bekl.) Rep. I. 855/80.

I. Kammer für Handelssachen in Memel.
II. Oberlandesgericht Königsberg.

Die beklagte Londoner Firma erhielt von der Handlung H. F. & W. in Memel, für welche sie Agentur- und Kommissionsgeschäfte besorgte und mit welcher sie in laufender Rechnung stand, durch Brief vom 26. Juni 1879 den Auftrag, das beifolgende Konnossement über eine von der Absenderin an J. P. C. & Co. in Belfast verkaufte, in Memel am 25. Juni 1879 in das Schiff Bibilia verladene Partie Hölzer der Käuferin gegen Accept der beigefügten in Höhe des Kaufpreises von der Verkäuferin auf die Käuferin gezogenen Primawechsel zu behändigen, die acceptierten Primen aber zur Disposition der girierten Sekunden aufzubewahren. Letztere waren der klagenden Handlung F. Nachfolger in Memel giriert.

Die Beklagte zeigte der Absenderin unter dem 30. Juni 1879 den Empfang des Briefes an, wich aber, veranlaßt durch ungünstige Nachrichten über den Vermögensstand derselben, von dem ihr erteilten Auftrage ab, indem sie nicht die ihr zugesandten Tratten, sondern von ihr selbst auf J. P. C. & Co. in Belfast gezogene Wechsel durch letztere acceptieren ließ und gegen dieses Accept das Konnossement aushändigte, die nicht acceptierten Primen dagegen, nachdem am 3. Juli 1879 über

die Handlung H. F. & W. Konkurs eröffnet worden war, dem Konkursverwalter mit dem Bemerken zurücksandte, daß sie den Wechselbetrag in das Kredit der laufenden Rechnung gestellt habe. Im gedachten Konkurse meldete sie unter Absetzung dieses Betrages nur den Rest ihrer Forderung aus laufender Rechnung an.

Nunmehr klagt die Handlung T. Nachfolger unter Arresterwirkung auf Erstattung des Wechselbetrages teils aus eigenem Recht als Indossatarin, teils als Cessionarin der H. T. & W.'schen Konkursmasse. Die Beklagte beruft sich auf Artt. 313. 314 H.G.B.

Die aus eigenem Recht der Klägerin erhobene Klage ist in allen Instanzen abgewiesen. Dagegen ist der kraft Cession erhobenen Klage, welche in erster und zweiter Instanz auf Grund der Artt. 313. 314 H.G.B. ebenfalls abgewiesen worden war, in der Revisionsinstanz stattgegeben, die Verurteilung der Beklagten jedoch auf 87 % der eingeklagten Summen beschränkt worden, nachdem im Konkurse von H. T. & W. ein Akkord zu 13 % abgeschlossen war.

Aus den Gründen:

„Nach Art. 313 H.G.B. hat ein Kaufmann wegen der fälligen Forderungen, welche ihm gegen einen anderen Kaufmann aus den zwischen ihnen geschlossenen beiderseitigen Handelsgeschäften zustehen, ein Zurückbehaltungsrecht an allen beweglichen Sachen und Wertpapieren des Schuldners, welche mit dessen Willen auf Grund von Handelsgeschäften in seinen Besitz gekommen sind, sofern er dieselben noch in seinem Gewahrsam hat oder sonst, insbesondere vermittelst Konnossements, darüber zu verfügen noch in der Lage ist; er kann nach Art. 315 im Wege der Klage bei dem für ihn selbst zuständigen Gericht den Verkauf der zurückbehaltenen Gegenstände beantragen und sich aus dem Erlöse vor anderen Gläubigern befriedigen. Diese Befugnis steht ihm jedoch nach Art. 313 Abs. 2 nicht zu, wenn die Zurückbehaltung der Gegenstände der vom Schuldner vor oder bei der Übergabe erteilten Vorschrift oder der von dem Gläubiger übernommenen Verpflichtung, in einer bestimmten Weise mit den Gegenständen zu verfahren, widerstreiten würde; ausnahmsweise steht ihm dieselbe jedoch nach Art. 314 trotzdem zu, wenn über das Vermögen des Schuldners der Konkurs eröffnet worden ist oder der Schuldner auch nur seine Zahlungen eingestellt hat.

Daß diese gesetzlichen Bestimmungen der Beklagten zur Seite stehen,

kann schon um deswillen bezweifelt werden, weil sie ihre Deckung bezüglich der ihr gegen H. F. & W. zustehenden Forderung nicht aus dem mit Willen der letzteren in ihren Besitz gelangten Konnossement, sondern aus dem wider Willen derselben durch Ziehung von Wechseln auf die Käuferin für eigene Rechnung eingezogenen Kaufpreise zu erlangen gesucht hat. Da Beklagte weder das Konnossement noch die Ladung der Vibilia, über welche sie vermittelst des Konnossements zu verfügen in der Lage war, zurückbehalten, sondern das Konnossement in Erfüllung des von H. T. & W. abgeschlossenen Kaufvertrages der Käuferin ausgeliefert hat, so kann mit Grund in Zweifel gezogen werden, daß Beklagte von dem Zurückbehaltungsrecht des Art. 313 Gebrauch gemacht habe und die Auftragswidrigkeit ihres Verfahrens durch Berufung auf Art. 314 Abs. 2 entschuldigen könne.

Es bedarf indessen einer Entscheidung dieser Frage im gegenwärtigen Rechtsstreite nicht, weil aus einem anderen Grunde die Berufung der Beklagten auf Artt. 313. 314 H.G.B. nach ihrer eigenen Darstellung jedenfalls ausgeschlossen erscheint. Der Konkurs über das Vermögen der Handlung J. F. & W. wurde am 3. Juli 1879 eröffnet. Daß dieselbe ihre Zahlungen schon früher eingestellt habe, ist nicht festgestellt worden. Die Aushändigung des Konnossements gegen Accept der Tratten der Beklagten aber hat bereits vor dem 3. Juli 1879 stattgefunden, zu welcher Zeit der Konkurs über H. F. & W. noch nicht eröffnet, mithin die Voraussetzung noch nicht vorhanden war, unter welcher die Zuwiderhandlung gegen die bei Zusendung des Konnossements erteilte Vorschrift nach Art. 314 Abs. 2 gestattet gewesen wäre. Daß Beklagte, wie sie behauptet, nach den ihr aus Memel zugekommenen Nachrichten damals bereits Grund hatte, zu erwarten, daß H. F. & W. ihre Zahlungen einstellen würden, rechtfertigt die Zuwiderhandlung gegen die Vorschrift derselben nicht. Denn Art. 314 des Handelsgesetzbuches geht nicht so weit, dem Gläubiger die Zuwiderhandlung gegen die vom Schuldner bei der Übergabe erteilte Vorschrift oder die vom Gläubiger übernommene Verpflichtung schon dann zu gestatten, wenn die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Schuldners mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten, aber noch nicht eingetreten ist. Eine Ausdehnung dieser Vorschrift über ihren Wortlaut hinaus ist um so weniger zulässig, da dieselbe sich als eine Ausnahme von allgemeinen Rechtsgrundsätzen darstellt.

Die Abweisung der Klage beruht mithin auf einer unrichtigen Anwendung der Artt. 313. 314 H.G.B., worin ein Grund zur Aufhebung des angefochtenen Erkenntnisses nach §§. 511. 512 C.P.O. enthalten ist.

Gemäß §. 528 Abs. 3 Nr. 1 C.P.O. kann das Revisionsgericht sofort endlich erkennen.

Wollte Beklagte den ihr von H. F. & W. brieflich erteilten Auftrag, das übersandte Konnossement gegen Acceptierung der zugleich übersandten auf den Sekunden bereits girierten Tratten an J. P. C. & Co. auszuhändigen, nicht übernehmen, so hatte sie die übersandten Papiere unter Ablehnung des Auftrages der Auftraggeberin zurückzusenden oder zur Verfügung zu stellen. Sie hat dies nicht gethan, vielmehr bloß den Empfang der Papiere angezeigt, worin die Auftraggeberin, zumal mit Rücksicht auf die bestehende Geschäftsverbindung und Art. 323 H.G.B., die Annahme des Auftrages zu finden berechtigt war. Beklagte haftet derselben mithin aus dem übernommenen Auftrage.

Daß sie dem Auftrage zuwidergehandelt hat, indem sie, anstatt die übersandten Wechsel von C. & Co. acceptieren zu lassen und gegen dieses Accept das Konnossement auszuhändigen, von ihr selbst gezogene Wechsel von C. & Co. acceptieren ließ und hiergegen das Konnossement aushändigte, räumt Beklagte ein.

Umstände, welche das auftragswidrige Verfahren derselben rechtfertigen oder entschuldigen, sind nicht vorhanden. Beklagte war zwar Gläubigerin von H. F. & W. in einem den Wechselbetrag bei weitem übersteigenden Betrage und hat nicht unterlassen, den Wechselbetrag in ihrer mit H. F. & W. geführten laufenden Rechnung letzteren gutzuschreiben und nur den nach Abzug dieses Postens verbleibenden Saldo im Konkurse derselben anzumelden. Aber der Umstand, daß sie zugleich Gläubigerin der Auftraggeberin war, berechtigte sie nicht zu einer Verletzung der durch Annahme des Auftrages übernommenen Pflichten, welche nach §. 266 Nr. 2 des Strafgesetzbuchs im Gebiete desselben sogar als strafbare Untreue angesehen werden könnte. Sie war nicht befugt, sich ein Kompensationsobjekt dadurch zu verschaffen, daß sie eine rechtswidrige Handlung in der Absicht beging, den dadurch zu erlangenden Geldwert gegen ihre Forderung an die Auftraggeberin aufzurechnen.[1]

[1] Vgl. A.L.R. I. 3. §. 35. l. 14. §. 2. Cod. de comp. 4, 31. (Dernburg, Kompensation 2. Aufl. S. 511, dagegen Eisele, Kompensation S. 356 und Brinz, Pand. 2. Aufl. Bd. 2 S. 434 Anm. 21.) Seuffert, Archiv Bd. 6 Nr. 174. D. E.

Die Voraussetzungen aber, unter welchen Art. 314 Abs. 2 H.G.B. ausnahmsweise ein auftragswidriges Verfahren des Gläubigers gestattet, liegen nach der obigen Ausführung nicht vor. Ob etwa nach englischem Rechte das Verfahren der Beklagten als gerechtfertigt oder doch entschuldigt anzusehen wäre, ist hier nicht zu erörtern. Denn, wenn auch an sich die Frage, ob Beklagte bei Ausführung eines in England auszuführenden Auftrages pflichtmäßig gehandelt habe, nach dem englischen Recht zu beurteilen sein möchte, so liegt doch für den Gerichtshof keine Veranlassung vor, das Verhalten der Beklagten nach englischem Recht zu prüfen, da sie zwar in einem Briefe an den Konkursverwalter die Meinung ausgesprochen hat, sie stehe nach dem Gesetze Englands und nach Billigkeitsrücksichten ganz gerechtfertigt da, im Prozesse dagegen von ihrer Seite nur das deutsche Handelsgesetzbuch angerufen und nicht behauptet worden ist, daß das englische Recht dem Gläubiger das kaufmännische Deckungsrecht in weiterem Umfange gewähre, als das deutsche Handelsgesetzbuch.

Die Beklagte ist demnach ihrer Auftraggeberin, der Handlung H. F. & W. gegenüber verpflichtet, dasjenige zu erstatten, was sie zum Schaden derselben durch auftragswidriges Verfahren sich angeeignet.

Da aber Beklagte, wenn sie nicht wie geschehen verfahren, mithin nicht die Befriedigung ihrer Forderung an H. F. & W. in Höhe des von J. P. C. & Co. empfangenen Wechselbetrages außerhalb des Konkurses erlangt hätte, diesen Teil ihrer Forderung im Konkurse angemeldet und darauf die Akkordsumme von 13 % erhalten haben würde, so besteht der Vorteil, welchen Beklagte sich zum Nachteil der Cedentin der Klägerin rechtswidrig angeeignet hat, nur in 87 % der eingeklagten Summe."

---

**36. Kann bei der Entscheidung über den Ort der Erfüllung eines Handelsgeschäftes auf die Landesgesetze zurückgegangen werden? Erfüllungsort nach der Natur des Geschäftes.**

I. Civilsenat. Urt. v. 26. Januar 1881 i. S. W. u. K. (Bekl.) w. Z. (Kl.) Rep. I. 877/80.

I. Landgericht Berlin.
II. Kammergericht daselbst.

Die in Berlin domizilierte Klägerin hat gegen die nicht in Berlin domizilierten Beklagten bei dem Landgericht in Berlin als dem angeblichen Gerichtsstande des Vertrages geklagt, weil Berlin der Erfüllungsort für die den Verklagten vertragsmäßig obliegenden Leistungen sei. Die Parteien haben nämlich während einer Reihe von Jahren in einem derartigen Geschäftsverkehre gestanden, daß die beiden Beklagten gemeinschaftlich Vieh einkauften, dieses der Klägerin verkauften und lieferten, Klägerin dagegen den Beklagten das Geld zum Einkauf vorschoß und ihnen den Verkaufs-Erlös gutschrieb. Klägerin fordert nun von den Beklagten Zahlung des ihr aus diesem Verkehre verbliebenen Saldo-Guthabens mit Zinsen. Das Gericht erster Instanz hat die Einrede der Unzuständigkeit unter anderem deshalb verworfen, weil nach der Natur des Geschäftes Berlin der Erfüllungsort sei. Das Berufungsgericht hat es unentschieden gelassen, ob Berlin nach der Natur des Geschäftes der Erfüllungsort sei, vielmehr auf Grund der §§. 247. 248 A.L.R. I. 5 angenommen, daß die Beklagten in Berlin erfüllen müssen, und aus diesem alleinigen Grunde auf Zurückweisung der Berufung erkannt. Auf die Revision der Beklagten hat das Reichsgericht das Berufungs-Urteil aufgehoben und die Sache zur zweiten Instanz zurückverwiesen aus folgenden

Gründen:

„Beide Vorinstanzen gehen davon aus, daß der streitige Geschäftsverkehr der Parteien Handelsgeschäfte zum Gegenstand gehabt hat. Sie sprechen dies zwar nicht ausdrücklich aus, argumentieren aber aus Art. 324 resp. 325 H.G.B. Es kann auch darüber, daß Handelsgeschäfte vorliegen, kein Zweifel sein. Beide Parteien sind Kaufleute, und die Beklagten haben das fragliche Vieh zum Wiederverkauf eingekauft und der Klägerin zu gleichem Zwecke geliefert. Der Berufungsrichter nimmt an, daß Klägerin, um den besonderen Gerichtsstand des Vertrages nach §. 29 C.P.O. zu begründen, die Voraussetzung desselben, nämlich daß Berlin für die streitigen Leistungen der Beklagten nach dem maßgebenden materiellen Recht der Erfüllungsort sei, nachweisen müsse. Er berührt zunächst, indem er den Art. 324 H.G.B. mit Stillschweigen übergeht, die Frage, ob nach Art. 325 Abs. 1 H.G.B.

Berlin der Erfüllungsort für die vertragsmäßigen Leistungen der Beklagten sei. Er erwähnt in dieser Beziehung das Urteil des Reichsgerichts vom 26. Mai 1880 (Entsch. des Reichsgerichts in Civils. Bd. 1 S. 446), entscheidet dann aber selbst die Frage, ob nach Art. 325 H.G.B. Berlin als Erfüllungsort anzusehen sei, nicht, indem er ausführt:

> denn sollte in der That das Reichsgesetz keinen Anhalt zu Gunsten der Klägerin bieten, so ist landesgesetzlich für die eingeklagte Forderung Berlin als Erfüllungsort anzuerkennen.

Er folgert dann aus §. 248 A.L.R. I. 5, daß Berlin der Erfüllungsort sei, weil die Klägerin, die Gläubigerin, dort zur Zeit des geschlossenen Vertrages gewohnt habe.

Diese Entscheidung verstößt offensichtlich gegen Art. 324 Abs. 1 H.G.B. In Handelssachen kommt das allgemeine bürgerliche Recht nur insoweit zur Anwendung, als das H.G.B. keine Bestimmungen enthält. Das H.G.B. enthält aber im Art. 324 (vergl. auch Art. 342) über den Ort der Erfüllung von Handelsgeschäften erschöpfende Vorschriften, welche für die Anwendung der entsprechenden Vorschriften des bürgerlichen Rechtes keinen Raum lassen. Nach Art. 324 Abs. 1 ist zunächst die Vertragsbestimmung, oder die Natur des Geschäftes, oder die Absicht der Kontrahenten maßgebend. In Ermangelung dieser Voraussetzungen soll nach Art. 324 Abs. 2 der Verpflichtete an dem Orte erfüllen, an welchem er zur Zeit des Vertragsschlusses seine Handelsniederlassung, oder, in deren Ermangelung, seinen Wohnort hatte. Der Art. 324 Abs. 2 bestimmt also das direkte Gegenteil von demjenigen, was der §. 248 A.L.R. I. 5 bestimmt, und es ist um so weniger erfindlich, wie das Berufungsgericht auf dieses Landesgesetz hat zurückgreifen können, als der Art. 325 H.G.B., welcher, wie in der bereits allegierten Entscheidung des Reichsgerichts ausgeführt ist, keine Bestimmung über den Erfüllungsort getroffen hat, in Abs. 2 ausdrücklich auf den Art. 324 als die maßgebende Bestimmung zurückweist.

Es ist hiernach unzweifelhaft, daß die vorliegende Klage, wenn Klägerin nicht in dem allgemeinen Gerichtsstande des Domizils klagen wollte, nach §. 29 C.P.O. bei demjenigen Gerichte, in dessen Bezirk die Beklagten ihre Handelsniederlassung zur Zeit des Vertragsschlusses hatten, zu erheben war, wenn nicht aus der Natur des Geschäftes, aus Vertragsbestimmung oder ersichtlicher Absicht der Kontrahenten ein anderweiter Erfüllungsort sich ergab. Daß die Natur des Ge-

schäftes Berlin als Erfüllungsort ergebe, ist nicht erfindlich, es ist nicht abzusehen, weshalb unter den obwaltenden Umständen der Ort der Handelsniederlassung der Beklagten nach der Natur des Geschäftes nicht der Erfüllungsort sein könnte. Dagegen sind über die anderen Voraussetzungen des Art. 324 Abs. 1 H.G.B. (Bestimmung im Vertrage, Absicht der Kontrahenten) ausweise des Thatbestandes des angefochtenen Urteiles Behauptungen aufgestellt, mit Rücksicht auf welche das Reichsgericht zur Zeit nicht in der Lage ist, ein Definitiv-Urteil zu erlassen."

---

## 37. Ist es zulässig, daß jemand, welcher kein Handelsgeschäft betreibt, seinen Namen als Firma im Handelsregister lediglich zu dem Zwecke eintragen läßt, damit ein Anderer für sein Handelsgeschäft davon Gebrauch machen könne?

H.G.B. Art. 27.

I. Civilsenat. Urt. v. 2. Februar 1881 i. S. Karl August P. (Bekl.) w. Georg Wilhelm Emil P. (Kl.) Rep. I. 879/80.

I. Landgericht I Berlin.
II. Kammergericht daselbst.

Der Beklagte, welcher sich auf Grund eines mit dem Kläger abgeschlossenen Gesellschaftsvertrages der vorher von letzterem allein geführten Firma „George Prätorius" bediente, hat nach Auflösung dieses Gesellschaftsverhältnisses die Firma „George Prätorius" im Firmen-Register zu Berlin in der Weise eintragen lassen, daß als Inhaber derselben sein vor kurzem geborener Sohn Karl Friedrich Georg Ludwig Prätorius bezeichnet und er als Prokurist dieses seines Sohnes für ausschließlich berechtigt zur Zeichnung der Firma erklärt ist.

In erster und zweiter Instanz wurde als erwiesen angesehen, daß Beklagter die Eintragung der Firma auf den Namen seines zweijährigen Sohnes nur zu dem Zwecke erwirkt habe, sich die Disposition über die Firma im Interesse seiner Tabaks- und Cigarrenfabrik zu verschaffen, und aus diesem Grunde der Beklagte für seine Person und als Vertreter seines gedachten Sohnes schuldig erkannt, den Eintrag im Handelsregister löschen zu lassen.

Das Reichsgericht wies die hiergegen eingelegte Revision des Beklagten zurück.

Aus den Gründen:

„Wer durch den unbefugten Gebrauch einer Firma in seinen Rechten verletzt ist, kann nach Art. 27 H.G.B. den Unberechtigten auf Unterlassung der weiteren Führung der Firma belangen. Die Klage setzt mithin voraus, daß der Beklagte zur Führung der Firma nicht befugt und der Kläger hierdurch in einem Rechte verletzt ist.

Daß letzteres Erfordernis im vorliegenden Falle vorhanden sei, wenn dem Beklagten die Befugnis zur Führung der Firma G. P. abzusprechen ist, hat das Berufungsgericht in Übereinstimmung mit der dem Art. 27 H.G.B. von dem vormaligen Reichsoberhandelsgericht gegebenen Auslegung (Entsch. Bd. 4 S. 256, Bd. 6 S. 246) angenommen und Revisionskläger nicht bestritten.

Dagegen nimmt derselbe für seinen Sohn auf Grund des Art. 16 H.G.B. die Befugnis in Anspruch, sich der mit seinem bürgerlichen Namen übereinstimmenden Firma G. P. zu bedienen. Daß der letztere hierzu befugt sein würde, verkennt das Berufungsgericht nicht. Es nimmt aber an, daß der Sohn des Beklagten das Handelsgewerbe weder betreibt, noch für ihn ein Geschäft begründet werden sollte, vielmehr Beklagter das Kind nur vorgeschoben hat, um sich selbst bezüglich der von ihm betriebenen Tabaks- und Cigarrenfabrikation den alleinigen Gebrauch der Firma G. P. zu sichern. Wenn auf Grund dieser — für das Revisionsgericht nach §. 524 C.P.O. maßgebenden — thatsächlichen Feststellung das Berufungsgericht dem Sohne des Beklagten die Befugnis abspricht, sich der gedachten Firma zu bedienen, so widerstreitet diese Entscheidung weder dem Handelsgesetzbuch noch allgemeinen Rechtsgrundsätzen. Da die Firma nichts anderes ist, als der Name, unter welchem der Kaufmann im Handel seine Geschäfte betreibt, so kann auch die Berechtigung zur Führung der Firma durch Eintragung derselben im Handelsregister nur unter der Voraussetzung eines schon begonnenen oder zu beginnenden kaufmännischen Geschäftsbetriebes erlangt werden. Wie es unzulässig ist, die Firma abgesondert von dem Handelsgeschäfte, für welches sie bisher geführt wurde, zu veräußern (Art. 23), und ebensowenig eine Firma von jemandem, welcher überhaupt kein Handelsgeschäft betreibt, auf einen Anderen übertragen werden kann (R.O.H.G. Entsch. Bd. 6 S. 247), so erscheint es auch unzu-

lässig, daß jemand, welcher kein Handelsgeschäft betreibt, seinen Namen als Firma lediglich zu dem Zwecke eintragen läßt, damit davon für das Handelsgeschäft eines Anderen Gebrauch gemacht werden könne. Dieser Fall aber liegt nach der Feststellung des Berufungsgerichtes bei der auf den Namen des Sohnes des Beklagten eingetragenen Firma G. P. vor.

Auch darin, daß Beklagter nicht bloß als Vertreter seines Sohnes, sondern auch im eigenen Namen nach dem Klagantrage verurteilt worden ist, kann eine Verletzung von Rechtsnormen nicht gefunden werden. Die Verletzung des Rechts des Klägers durch Erwirkung des in Rede stehenden Eintrages im Handelsregister ist von dem Beklagten nicht lediglich in seiner Eigenschaft als Vertreter seines minderjährigen Kindes, sondern auch von ihm in eigener Person ausgegangen, indem er nach der Feststellung des Berufungsgerichtes die gedachte Eintragung zu seinem persönlichen Vorteile im Interesse des von ihm betriebenen Tabaks- und Cigarrenfabrikgeschäftes bewirkte und die ihm zugleich zustehende Eigenschaft als Vertreter seines Sohnes nur als Mittel zur Erreichung dieses Zweckes benutzte. Der Beklagte ist daher mit Recht auch für seine eigene Person als derjenige angesehen worden, gegen welchen die Klage aus Art. 27 H.G.B. stattfindet."

---

## 38. Beweislast im Falle der Erklärung des auf Vertragserfüllung Belangten, er habe den klagefundamentalen Vertrag als Stellvertreter eines Dritten, als des Kontrahenten, abgeschlossen.

I. Civilsenat. Urt. v. 2. Februar 1881 i. S. K. H. (Bekl.) w. Gebr. S. (Kl.) Rep. I. 880/80.

I. Landgericht Königsberg.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Aus den Gründen:

„Die Entscheidung des Berufungsgerichtes beruht auf der angeblichen Rechtsnorm, daß der als Käufer auf Erfüllung des Kaufvertrages Belangte, dessen Auslassung auf die Klage dahin gehe: „der klagefundamentale Kauf sei von ihm in (sei es nun infolge ausdrücklicher Erklärung, sei es aus dafür schlüssigen Umständen) von dem Verkäufer

erkannter Weise nicht für sich, sondern als Stellvertreter eines Dritten, als des Käufers, abgeschlossen", seine positive Sachdarstellung, als Grund eines Einwandes, zu beweisen habe, widrigenfalls der Klagegrund durch seine Erklärung als bewiesen gelten müsse.

Diese angebliche Rechtsnorm ist bereits in der (schließlich konstanten) Judikatur des O.A.G. zu Lübeck, so wie stets seitens des Reichsoberhandelsgerichts, auch bereits mehrfach durch das Reichsgericht reprobiert. Eine Erklärung des gekennzeichneten Inhaltes enthält lediglich ein qualifiziertes Bestreiten des Klagegrundes seitens des Beklagten. Vertragssubjekt, und als solches aus dem Vertrage verpflichtet, ist diejenige Person, welche (gemäß der erkennbaren Vertragswillensvereinigung) als Kontrahent Vertragsrechte erwirbt und Vertragspflichten eingeht.

Dieselbe kann die Vertragswillensäußerung unmittelbar oder durch Stellvertreter verwirklichen. Weder für das eine, noch für das andere streitet eine Vermutung oder ein begreiflicher Grund.

Die Kontraktsklage findet nur gegen das Vertragssubjekt statt. Der Kläger muß also, als solcher, substanziieren und im Falle des (sei es nicht qualifizierten, sei es qualifizierten) Bestreitens beklagterseits beweisen, daß der Beklagte Vertragssubjekt sei." ...

---

**39. Ist die Generalversammlung einer Aktiengesellschaft befugt,**

1. **die Überlassung des Betriebes des Unternehmens derselben an einen Anderen gegen eine den Aktionären zu zahlende Dividende von jährlich gleichem Betrage,**
2. **die Einsetzung eines von den Beschlüssen der Gesellschaft unabhängigen, durch einen Anderen zu besetzenden Vorstandes,**
3. **die Verpfändung des Gesellschaftsvermögens für eine fremde Schuld**

**zu beschließen?**

I. Civilsenat. Urt. v. 19. Februar 1881 i. S. v. K. (Kl.) gegen Rumänische Eisenbahn-Aktiengesellschaft (Bekl.). Rep. I. 872/80.

I. Landgericht I Berlin.
II. Kammergericht daselbst.

Die rumänische Eisenbahnen-Aktiengesellschaft zu Berlin schloß mit der Fürstlich rumänischen Staatsregierung einen Vertrag ab, durch welchen erstere für die Dauer ihrer Konzession dem rumänischen Staate den Betrieb ihres gesamten Eisenbahnnetzes, sowie die Verwaltung ihres gesamten Gesellschaftsvermögens übertrug, dagegen der rumänische Staat sich verpflichtete, die Stammaktien und Stammprioritätsaktien nach einem bestimmten Verhältnis gegen sechsprozentige, durch eine Hypothek am Bahnnetze der Gesellschaft sicherzustellende Staatsobligationen umzutauschen, den zum Umtausch sich nicht entschließenden Aktionären aber jährlich den Betrag von $3\frac{1}{3}\,\%$ des Nominalbetrages der Stammaktien und $8\,\%$ des Nominalbetrages der Stammprioritätsaktien als Dividende zu bezahlen. Die Verwaltung sollte auf eine Direktion übergehen, deren Mitglieder die rumänische Regierung nach freiem Ermessen zu ernennen und zu entlassen habe, und welche die Verwaltung und den Betrieb nach Maßgabe der Gesetze und des Vertrages, im übrigen aber lediglich nach Maßgabe der ihr von dem rumänischen Minister für öffentliche Arbeiten zugehenden Instruktionen zu führen haben sollte.

Zugleich wurde eine diesen Vertragsbestimmungen entsprechende Revision des Statuts der Gesellschaft vorgenommen und das revidierte Statut, welches die Bestimmungen des Vertrages in Bezug nimmt, im Vertrage für einen integrierenden Teil desselben erklärt.

Der Vertrag sollte erst dann perfekt werden, wenn derselbe von der Generalversammlung genehmigt, das revidierte Statut in das Handelsregister eingetragen und die absolute Majorität aller Aktien, sowie des durch diese Aktien repräsentierten Nominalkapitales in einer bestimmten Frist zum Umtausch gegen neue Staatsobligationen präsentiert sein werde.

Alle diese Bedingungen sind erfüllt. In einer am 3. März 1880 zu Berlin stattgehabten außerordentlichen Generalversammlung wurde mit 306 888 gegen 17 949 Stimmen beschlossen, dem Vertrage und revidiertem Statut die Genehmigung zu erteilen. Dieser Beschluß wurde am 20. März 1880 bedingungsweise im Handelsregister eingetragen und der Eintrag am 7. Mai 1880 für endgültig erklärt, nachdem am 22. April 1880 der Vertrag verlautbart und am 29. April 1880 notariell festgestellt war, daß mehr als die Hälfte der Aktien zum Zweck der Konversion gegen Staatsobligationen deponiert sei.

Der Vertrag ist hierauf in Ausführung gekommen.

Der Kläger, welcher als Besitzer von Aktien im Nominalbetrage von 335 100 Mark bereits in der Generalversammlung vom 3. März 1880 gegen den Beschluß Protest erhoben und nachher vergebens versucht hat, die Eintragung desselben im Handelsregister zu verhindern, klagt gegen den bisherigen Vorstand der Aktiengesellschaft mit dem Antrage, die Beschlüsse der Generalversammlung für ungültig zu erklären und die Beklagte schuldig zu erkennen, sich der Ausführung derselben zu enthalten und die bereits geschehene Ausführung rückgängig zu machen, insbesondere die Eintragungen im Handelsregister löschen zu lassen.

In erster und zweiter Instanz mit seiner Klage abgewiesen, hat Kläger in der Revisionsinstanz ein den Klaganträgen entsprechendes Urteil erwirkt. Die

Gründe

sind folgende:

„1. Die rechtliche Besonderheit der Aktiengesellschaft, Beschränkung der Haftung des Aktionärs und Zulässigkeit der Stellung der Aktien auf Inhaber, und die durch diese Besonderheit ermöglichte Beteiligung einer großen Anzahl von Gesellschaftern, macht die feste Organisation der Aktiengesellschaft und die genaue Feststellung der Kompetenz der einzelnen Organe derselben zur Notwendigkeit. Wenngleich in dieser Beziehung dem Privatwillen Freiheit eingeräumt ist, so hat der Gesetzgeber doch für notwendig erachtet, gewisse allgemeine Grundsätze aufzustellen, welche für alle Aktiengesellschaften gelten. Das Recht läßt nur diejenigen Aktiengesellschaften zu, welche nach diesen Grundsätzen organisiert sind und erkennt Beschlüsse und Handlungen derselben nur dann als rechtsbeständig an, wenn sie nicht gegen gewisse allgemeine Rechtsregeln verstoßen. Dadurch ist die Bildung der Aktiengesellschaft erschwert, insbesondere aber ihrer Thätigkeit eine Schranke gezogen, welche im einzelnen Fall die erfolgreiche Wahrnehmung der wirtschaftlichen Interessen der Aktiengesellschaft hemmen kann; andererseits aber sind dadurch die Interessen Dritter und der einzelnen Aktionäre gegen Benachteiligung geschützt. Strenge Befolgung dieser Bestimmungen ist umsomehr geboten, als die Aktiengesellschaft eben wegen ihrer begrifflichen Besonderheit nur durch Organe handeln kann, und wenn auch das Hauptorgan, die Generalversammlung, durch die Aktionäre gebildet wird, doch regelmäßig maßgebend nur sein kann der Wille der Mehrheit der Erschienenen.

Nur wenige der gesetzlichen Bestimmungen hat der Richter von Amts wegen zur Anwendung zu bringen; dagegen hat der einzelne Aktionär ein Recht darauf, daß von den Gesellschaftsorganen den gesetzlichen Bestimmungen gemäß verfahren werde, und kann zur Realisierung dieses Rechts die richterliche Hilfe anrufen.

In Betracht kommen können hierbei nur die Rechtsnormen, nicht das Interesse der Gesellschaft. Wie einerseits bei gesetzmäßigem Verhalten der Organe der Gesellschaft der einzelne Aktionär nicht geltend machen kann, daß der gefaßte oder ausgeführte Beschluß den Interessen der Gesellschaft zuwiderlaufe, so kann andererseits bei rechtswidrigem Vorgehen der Gesellschaftsorgane dem Anfechtungsrecht des einzelnen Aktionärs der Einwand nicht wirksam entgegengestellt werden, daß der rechtswidrig gefaßte Beschluß den Interessen der Gesellschaft förderlich gewesen sei.

2. Der Kläger ficht in seiner Eigenschaft als Aktionär die Rechtsbeständigkeit der von der Generalversammlung am 3. März 1880 gefaßten Beschlüsse an, durch welche der Abschluß eines Vertrages mit der rumänischen Regierung und die infolge hiervon nötig gewordene Statutenveränderung gebilligt wurden.

Der Vertrag bezweckt den Übergang der rumänischen Eisenbahnen auf den rumänischen Staat und das eventuelle Aufhören der Aktiengesellschaft.

Am einfachsten hätte dieser Zweck durch Liquidation der Aktiengesellschaft und Ankauf der Eisenbahn durch den rumänischen Staat erreicht werden können. Dieser Weg ist nicht eingeschlagen worden. Es ist von der zeitweiligen Fortexistenz der Aktiengesellschaft ausgegangen, und sind dem rumänischen Staate gegen eine von demselben zu beschaffende Gegenleistung weitgehende Rechte eingeräumt.

Es ist zu untersuchen, ob die Einräumung dieser Rechte zulässig war.

3. Der Vertrag geht zunächst dahin, daß die Aktiengesellschaft dem rumänischen Staate für die ganze Dauer ihrer Konzession den Betrieb ihres gesamten Eisenbahnnetzes überläßt und die rumänische Regierung sich dagegen verpflichtet, die Stammaktien und Stammprioritätsaktien der Gesellschaft gegen rumänische Staatsobligationen umzutauschen, denjenigen Aktionären aber, welche den Umtausch nicht vornehmen würden, jährlich $3^1/_3$ Prozent des Nominalbetrages der Stammaktien und 8 Pro-

zent des Nominalbetrages der Stammprioritätsaktien als Dividende zu bezahlen.

Wäre etwas weiteres nicht verabredet, so würde die Generalversammlung, indem sie dem Vertrage zustimmte und die erforderliche Abänderung der Statuten vornahm, ihre Kompetenz nicht überschritten und das Recht des Klägers nicht verletzt haben.

Die Bestimmungen des Vertrages, welche den Aktionären das Recht beilegen, ihre Aktien gegen rumänische Obligationen umzutauschen, und durch das Versprechen der Zahlung einer Prämie an diejenigen Aktionäre, welche ihre Aktien binnen bestimmter Frist zum Umtausch deponieren, einen Anreiz zur Vornahme des Umtausches schaffen, berühren das Rechtsverhältnis der Aktionäre zur Aktiengesellschaft überhaupt nicht. Sie betreffen nur eine Veränderung der Personen der Aktienbesitzer und konnten an sich — abgesehen von der noch zu erörternden Hypothekbestellung — ohne Verletzung des Rechts der Aktionäre von der Aktiengesellschaft genehmigt werden.

Auch darin kann kein Verstoß gegen das Statut oder irgend welche Rechtssätze gefunden werden, daß die rumänische Regierung die Wirksamkeit des Vertrages davon, daß ihr bis zu einem gewissen Tage eine bestimmte Anzahl Aktien zum Umtausch angeboten sein würden, abhängig machte. Die rechtliche Zulässigkeit der Vereinigung der Mehrzahl, ja sogar der Gesamtheit der Aktien in einer Hand ist unbestreitbar, es kann daher auch nicht rechtswidrig sein, den Eintritt einer solchen Thatsache als Bedingung der Perfektion eines Vertrages zu setzen.

Vom Revisionskläger ist bei der mündlichen Verhandlung noch geltend gemacht worden, die Beschlußfassung über den Vertragsabschluß sei deswegen ungültig, weil nach jener Bedingung der Vertrag erst dann perfekt werden sollte, wenn die Majorität eine andere geworden sein würde; da dies aber nicht geschehen könne, wenn nicht eine Anzahl der die Majorität bildenden Aktionäre ihre Aktien vor Abschluß des Vertrages abträte, so habe die Majorität der Generalversammlung vom 3. März 1880 einen Beschluß über einen Vertrag gefaßt, der erst nach ihrem Verschwinden perfekt werden solle. Das letztere ist vollkommen richtig, allein es hat auf den Rechtsbestand des Vertrages deswegen keinen Einfluß, weil die die Generalversammlung bildenden Aktionäre nicht über ihre individuellen Rechte kontrahiert oder zu kontrahieren beschlossen, sondern die zu einem, durch die Generalversammlung für

die Aktiengesellschaft zu fassenden, Beschluß erforderlichen Vota abgegeben haben. Waren die Abstimmenden zu dieser Zeit Aktionäre, so war der Beschluß der Generalversammlung rechtswirksam zustande gekommen, gleichviel, ob die Stimmenden zu irgend einem späteren Zeitpunkt noch Aktionäre waren oder alsbald nach dem Beschluß ihre Aktien zu verkaufen im Sinne hatten.

Auch die Uberlassung des Betriebes an den rumänischen Staat für eigene Rechnung gegen eine den Aktionären zu gewährende Dividende von jährlich gleichem Betrage, sowie die hierdurch veranlaßte Umgestaltung der Bestimmungen des §. 45 des alten Statuts über die Aufstellung der Bilanz, konnte von der Generalversammlung mit Stimmenmehrheit beschlossen werden. Es war darin eine Abänderung des ursprünglichen Statuts enthalten, welche nach §. 63 lit. c desselben mit Zustimmung der rumänischen Regierung von der Generalversammlung beschlossen werden konnte. Eine Abänderung des Gegenstandes der Unternehmung der Aktiengesellschaft, welche nach Art. 215 H.G.B. nicht hätte durch Stimmenmehrheit beschlossen werden können, ist darin nicht zu erblicken. Zweck der Gesellschaft und Gegenstand ihres Unternehmens war nach §. 3 der alten Statuten der Bau und Betrieb der rumänischen Eisenbahnen. Auf diesen Gegenstand ist das Unternehmen der Aktiengesellschaft auch nach dem Betriebsüberlassungsvertrage und der damit zusammenhängenden Statutenänderung gerichtet. Nur die Mittel zur Erreichung des unverändert gebliebenen Gesellschaftszweckes haben sich geändert, indem der Betrieb durch den rumänischen Staat gegen eine feste jährliche Vergütung an die Stelle des bisherigen Selbstbetriebes gesetzt wurde. Nach wie vor besteht das Unternehmen der Gesellschaft darin, durch den Betrieb der rumänischen Bahnen Einkünfte zu ziehen und dieselben unter die Aktionäre nach Verhältnis ihrer Aktien zu verteilen. Ob es für die Aktionäre vorteilhafter sei, die Eisenbahnen selbst zu betreiben oder durch einen Anderen betreiben zu lassen und im letzteren Fall den Betrieb für Rechnung der Gesellschaft oder gegen eine an die Gesellschaft zu zahlende Vergütung von festem Betrage für Rechnung des Dritten geschehen zu lassen, war eine Frage des Interesses, welche die Generalversammlung zu entscheiden befugt war. Darin, daß an die Stelle einer schwankenden eine feste Dividende gesetzt wurde, kann eine Verletzung des Rechts der einzelnen Aktionäre nicht gefunden werden.

Was den Sitz der Gesellschaft betrifft, so weicht §. 2 des revidierten Statuts vom §. 2 des alten Statuts nur darin ab, daß der Beschluß der Verlegung des Sitzes, welcher in letzterem dem Aufsichtsrate überlassen war, in ersterem der Generalversammlung vorbehalten worden ist, wodurch die Rechte der Aktionäre nicht beeinträchtigt werden. Da schon das alte Statut die Verlegung des Sitzes gestattet, ohne zwischen Verlegung nach inländischen und ausländischen Orten zu unterscheiden, so kann eine Verletzung des Rechts der Aktionäre nicht darin gefunden werden, daß bei Abfassung des revidierten Statuts die Verlegung des Sitzes der Gesellschaft nach Rumänien ausdrücklich in Aussicht genommen wurde.

4. Der Vertrag und die auf Grund desselben beschlossene Statutenänderung beschränken sich aber nicht auf die Überlassung des Betriebes an den rumänischen Staat. Sie greifen zugleich tief in die Organisation der Gesellschaft ein.

Nach dem Handelsgesetzbuch wie nach der Natur der Sache muß jede Aktiengesellschaft ein Willensorgan haben, die Generalversammlung, und ein ausführendes Organ, den Vorstand. Aus Zweckmäßigkeitsgründen fügt das Handelsgesetzbuch ein kontrollierendes Organ, den Aufsichtsrat, hinzu. Es genügt aber zur Erfüllung der gesetzlichen Bestimmung, daß jede Aktiengesellschaft einen Vorstand haben muß (Art. 227 H.G.B.), nicht, daß eine Person oder mehrere als Vorstand bezeichnet und mit der Vertretung der Aktiengesellschaft betraut werden. Der Vorstand muß in der That Organ der Aktiengesellschaft, das heißt das Werkzeug sein, durch welches dieselbe ihren Willen zum Vollzug bringt. Die Aktiengesellschaft muß daher die Möglichkeit haben, vom Vorstande zu erzwingen, daß er gemäß ihrem Willen handelt, insbesondere die Beschlüsse der Generalversammlung zur Ausführung bringt.

Das revidierte Statut der beklagten Gesellschaft scheint nun zwar im §. 20 alle Organe anzuordnen, welche das Handelsgesetzbuch für notwendig erklärt, indem alle in dem alten Statut §. 20 eingesetzten Gesellschaftsorgane mit Ausnahme der Betriebsdirektion und des Administrationsrates zu Bukarest, deren Thätigkeit durch den Übergang des Betriebes und der Administration auf den rumänischen Staat hinwegfiel, in dem revidierten Statut beibehalten sind. Bringt man aber den §. 20 desselben mit den Bestimmungen des Vertrages in Verbindung, so er-

giebt sich, daß der sogenannte Vorstand in der That kein Organ der Aktiengesellschaft ist.

Der Vertrag bestimmt zunächst im Art. XIX nur, der rumänische Staat werde die Eisenbahnen durch eine Behörde administrieren, deren Mitglieder die rumänische Regierung zu ernennen hat, und welche von ihr nach ihrem freien Ermessen entlassen werden können. Im Art. XX aber wird dieser „Fürstlichen Direktion" die Vertretung der Aktiengesellschaft in vollem Umfang, wie sie nach dem Handelsgesetzbuch dem Vorstande zusteht, ohne andere Beschränkungen, als die in Artt. X und XXII des Vertrages enthaltenen, übertragen. Nach Art. XXI sollen mit dem Tage, an welchem die Verwaltung und der Betrieb der Eisenbahnen auf die rumänische Regierung übergehen, die Funktionen des bisherigen Vorstandes erlöschen; nach Art. XXII soll die Fürstliche Eisenbahndirektion nach Maßgabe des Gesetzes und des Vertrages und im übrigen lediglich nach Maßgabe der Instruktionen handeln, welche ihr von dem rumänischen Minister für öffentliche Arbeiten zu geben sind.

Demgemäß bestimmt das revidierte Statut im §. 20:

„Die Organe der Gesellschaft sind nach Inkraftreten des im §. 3 erwähnten, mit dem rumänischen Staate geschlossenen Vertrages:

1. Die Fürstliche Direktion der rumänischen Eisenbahnen, welche zugleich den Vorstand der Gesellschaft im Sinne des deutschen Handelsgesetzbuchs bildet;
2. der Aufsichtsrat;
3. die Generalversammlung",

und überträgt im §. 22 der Fürstlichen Direktion die Vertretung der Gesellschaft der Aktionäre mit allen Rechten und Pflichten des Vorstandes des deutschen Handelsgesetzbuchs ohne andere Restriktionen, als die, welche in Artt. X und XII des im §. 3 bereits erwähnten Vertrages spezifiziert sind.

Die Fürstliche Eisenbahndirektion wäre danach nicht allein imstande, Rechtshandlungen aller Art, auch solche, welche über den Umfang der Verwaltung des Gesellschaftsvermögens und des Bahnbetriebes hinausgehen, mit voller Wirkung Dritten gegenüber für die Aktiengesellschaft vorzunehmen (Artt. 230. 231 H.G.B.), sondern auch der Gesellschaft gegenüber unterliegen ihre Verfügungen keinen anderen Beschränkungen, als den in Artt. X und XXII des Vertrages festgesetzten.

Nicht einmal bei Veräußerungen, Verpfändungen und Aufnahme von Anlehen ist die Zustimmung der Generalversammlung vorbehalten; Art. X des Vertrages untersagt die Veräußerung der Eisenbahnen nicht schlechthin, sondern nur für die Dauer der Amortisationsperiode der neuen rumänischen Staatsobligationen, mithin nicht zu Gunsten der Aktionäre, sondern der rumänischen Staatsgläubiger, und die Aufnahme von Anlehen, welche nach §. 43 lit. c des alten Statuts an die Zustimmung der Generalversammlung gebunden war, ist nach §. 43 des neuen Statuts von diesem Erfordernis entbunden. Die Handlungen der Fürstlichen Eisenbahndirektion sind demnach von dem Willen der Aktionäre schlechthin unabhängig. Wollte man auch annehmen, daß die rumänische Staatsregierung dadurch, daß sie die Fürstliche Eisenbahndirektion als Organ der Aktiengesellschaft anerkannte, die Verpflichtung übernommen habe, die Gesellschaftsangelegenheiten gemäß dem Interesse der Gesellschaft verwalten zu lassen, so ist doch die Entscheidung darüber, was dem Interesse der Gesellschaft entspreche, und was insbesondere bei Kollisionen zwischen dem Interesse des rumänischen Staates und dem Gesellschaftsinteresse zu thun sei, lediglich dem Ermessen der Fürstlichen Eisenbahndirektion und der Fürstlichen Staatsregierung, von deren Instruktionen erstere abhängt, überlassen. Der Aktiengesellschaft dagegen steht kein Mittel zu Gebote, ihren Willen gegenüber dem abweichenden Willen der Fürstlichen Eisenbahndirektion zur Geltung zu bringen und insbesondere dieselbe zur Befolgung der nach Art. 231 H.G.B. für den Vorstand verbindlichen Generalversammlungsbeschlüsse anzuhalten. Sie kann weder die Mitglieder des Vorstandes, welche sich ihrem Willen widersetzen, abberufen und durch andere Personen ersetzen, da das Recht der Ernennung und Entlassung der Direktionsmitglieder durch Art. XIX des Vertrages und §. 21 des revidierten Statuts ausschließlich und unwiderruflich der rumänischen Staatsregierung überlassen ist, noch kann sie die Mitglieder des Vorstandes wegen Nichtbefolgung der Weisungen der Generalversammlung zur Verantwortung ziehen, da einer auf Grund der Artt. 241. 226. 194 H.G.B. durch den Aufsichtsrat gegen sie zu erhebenden Klage die Einrede entgegenstände, daß die Vorstandsmitglieder nach den Instruktionen der rumänischen Staatsregierung gehandelt haben, denen sie nach Art. XXII des Vertrages und §. 22 des revidierten Statuts Folge zu leisten verpflichtet waren.

Aus allem diesem ergiebt sich der Schluß, daß die beklagte Gesellschaft nach dem revidierten Statut zwar noch das Organ besitzt, durch welches sie Beschlüsse fassen kann, aber kein Organ mehr für die Ausführung derselben, indem die Fürstliche Eisenbahndirektion zwar als Organ der Gesellschaft bezeichnet, in der That aber kein solches ist. Die beklagte Gesellschaft entbehrt mithin infolge der Änderung der Statuten der zur Wesenheit der Aktiengesellschaft erforderlichen Organisation. Die Generalversammlung kann die Gesellschaft in diese Lage ebensowenig versetzen, wie eine handlungsfähige physische Person durch freiwillige Unterwerfung unter die Vormundschaft eines anderen eine Selbstentmündigung herbeiführen könnte.

Zu demselben Ergebnis gelangt man auch dann, wenn man die Befugnis der Generalversammlung zu dem in Rede stehenden Beschluß nicht nach dem dafür maßgebenden Gesetze, sondern nach dem im Gesellschaftsvertrage zum Ausdruck gekommenen Willen der Aktionäre bemißt. Sie haben sich durch Abschluß des Gesellschaftsvertrages den verfassungsmäßig zustande gekommenen Beschlüssen der Gesellschaft unterworfen, aber nicht schlechthin, sondern nur in den Angelegenheiten der Gesellschaft. Unverbindlich für den nicht einwilligenden Aktionär sind daher nicht allein solche Beschlüsse der Gesellschaft, welche dem Gesellschaftszwecke fremde Angelegenheiten betreffen, sondern auch solche, welche der Gesellschaft selbst einen wesentlich anderen Charakter aufprägen. Dies ist durch die Bestimmungen des revidierten Statuts geschehen. Durch den Gesellschaftsvertrag vereinigen die Aktionäre ihre Vermögenseinlage zu dem gemeinsamen Zwecke in der Weise, daß nicht mehr der einzelne Aktionär je zu seinem Anteile, sondern nur noch die Gesamtheit der Aktionäre durch ihre verfassungsmäßigen Organe darüber zu verfügen berechtigt ist. Die Gemeinsamkeit der Interessen aller Aktionäre bietet dem einzelnen Aktionär Gewähr dafür, daß die von der Gesamtheit getroffenen Verfügungen über das Gesellschaftsvermögen auch seinem Interesse entsprechen. Diese Gewähr würde mangeln, wenn die Verfügung über das Gesellschaftsvermögen einem außerhalb der Gesellschaft stehenden Dritten eingeräumt wäre, der sich möglicherweise durch Beweggründe, welche dem Gesellschaftsinteresse fremd oder gar entgegengesetzt sind, in seinem Verhalten bestimmen läßt. Es kann daher nicht angenommen werden, daß die Aktionäre durch Abschluß des Gesellschaftsvertrages der Gesamtheit auch das Recht einräumen wollten, in dieser

Weise über das Gesellschaftsvermögen zu verfügen. Auch unter diesem Gesichtspunkt erscheint der Beschluß vom 3. März 1880 als eine Überschreitung der Befugnisse der Generalversammlung.

Man kann nicht einwenden, daß, wenn die Generalversammlung (nach der Ausführung unter 3) den Betriebsüberlassungsvertrag zu genehmigen befugt war, hieraus auch ihre Befugnis folgte, den Vorstand so, wie im revidierten Statut geschehen, zu organisieren. Wenngleich mit dem Aufhören des Selbstbetriebes der Eisenbahnen ein wesentlicher Teil der von den Organen der Aktiengesellschaft aufzuwendenden Thätigkeit hinwegfiel und darum wohl Grund vorlag, die lediglich zum Zwecke des Selbstbetriebes dienenden Organe und Anstalten der Gesellschaft zu beseitigen, so verblieb doch der Gesellschaft auch nach der Überlassung des Betriebes und der Verwaltung an den rumänischen Staat ein anderer Teil ihrer Wirksamkeit, insbesondere die Geltendmachung der aus dem Betriebsüberlassungsvertrage entspringenden Rechte der Gesellschaft gegen den rumänischen Staat und die Sorge für Erhaltung der Substanz des in der Verwaltung desselben befindlichen Gesellschaftsvermögens, und es bedurfte für diesen Überrest eigener Thätigkeit der Gesellschaft eines den Willen derselben zur Ausführung bringenden Organes, als welches die Fürstliche Eisenbahndirektion nicht angesehen werden kann. Überdies würde selbst dann, wenn die Gesellschaft, nachdem sie den Selbstbetrieb aufgegeben, ein für sie handelndes Organ nicht mehr bedurft hätte, die dem Vorstande gegebene Gestaltung nicht gerechtfertigt erscheinen. Aus dieser Voraussetzung könnte man den Schluß ziehen, daß kein Grund zum ferneren Bestehen der Gesellschaft vorhanden sei. Nachdem man aber diese Konsequenz aus irgend welchem Grunde nicht gezogen, vielmehr den Fortbestand der Gesellschaft beschlossen hat, bleibt auch die Notwendigkeit gesetzmäßiger Organisation derselben bestehen.

Es kann endlich auch nicht eingewendet werden, daß der Beschluß vom 3. März 1880 mit einer Stimmenmehrheit gefaßt worden sei, welche nach §. 43 lit. g des alten Statuts zur Auflösung der Gesellschaft genügte, mithin umsomehr für den in Rede stehenden, die Auflösung der Gesellschaft vorbereitenden Beschluß genügen müsse. Denn zwischen dem Auflösungsbeschluß und dem in Rede stehenden Beschluß besteht nicht ein solches Verhältnis, daß der erstere als der weitergehende den letzteren mit einschlösse, so daß von der Zulässig-

keit des ersteren auf die Zulässigkeit des letzteren geschlossen werden könnte. Vielmehr sind beide Beschlüsse nicht allein in Ansehung der Gesellschaftsgläubiger, sondern auch der Aktionäre von so wesentlich verschiedener Wirkung, daß ein Schluß von dem einen auf den anderen gänzlich unzulässig ist. Insbesondere tritt die Verschiedenheit derselben darin hervor, daß der Beschluß der Auflösung der Gesellschaft die Liquidation und Verteilung des zur Zeit der Auflösung vorhandenen Gesellschaftsvermögens zur Folge gehabt haben würde, der fragliche Beschluß dagegen, welcher dem außerhalb der Gesellschaft stehenden rumänischen Staate das Recht der Verfügung über das Gesellschaftsvermögen einräumt, die Möglichkeit einer den Aktionären nachteiligen Einwirkung auf dasselbe für den Zeitraum bis zur demnächstigen Auflösung der Gesellschaft offen läßt.

5. Die bisher angeführten Gründe würden schon an sich genügen, dem Beschlusse der Generalversammlung die verbindende Kraft gegenüber der dissentierenden Minorität der Aktionäre abzusprechen. Es kommt aber noch ein weiterer Grund hinzu.

Die nach Art. VIII des Vertrages vom rumänischen Staate zu emittierenden neuen sechsprozentigen Obligationen im Nominalbetrage von Francs 237 500 000 werden nach Art. IX sicher gestellt durch eine Hypothek auf das ganze Bahnnetz Roman-Verceorova nebst Zweigbahnen. Die Hypothek sollte durch ein rumänisches Gesetz bestellt werden und ist in dieser Weise bestellt worden. Die Generalversammlung vom 3. März 1880 hat durch die Genehmigung des Vertrages auch dieser Hypothekbestellung ihre Zustimmung erteilt. Ihre Befugnis, dem rumänischen Staate die Bestellung einer Hypothek am Gesellschaftsvermögen zu gestatten, reicht nicht weiter, als ihre Befugnis, die Bestellung einer solchen durch die Aktiengesellschaft selbst zu beschließen. Es würde nun zwar diese Befugnis der Generalversammlung nach §. 43 lit. e des alten Statuts nicht abzusprechen sein, wenn es sich um Verpfändung des Gesellschaftsvermögens für eine Schuld der Aktiengesellschaft, insbesondere ein für dieselbe aufzunehmendes Anlehen gehandelt hätte. Die in Rede stehende Hypothek aber ist für eine Schuld des rumänischen Staates bestellt. Die Bestellung derselben ist, wie der erste Richter mit Recht angenommen hat, eine Intercession der Aktiengesellschaft für eine fremde Schuld. Wie aber die Generalversammlung einer Aktiengesellschaft eine Schenkung, als eine dem Gesellschaftszwecke

fremde und widerstreitende Handlung, nicht beschließen kann, wenn dieselbe nicht wegen besonderer Umstände, z. B. als remuneratorische Schenkung, als im Interesse der Aktiengesellschaft gelegen erscheint,

vgl. Entsch. des Reichsoberhandelsgerichts Bd. 22 S. 281. Bd. 24 S. 225,

so gehört auch die Intercession für fremde Verbindlichkeiten, abgesehen von besonderen Umständen, welche ein Interesse der Aktiengesellschaft an Übernahme derselben begründen, nicht zu dem Kreise der Angelegenheiten, für welche die Aktionäre im Gesellschaftsvertrage sich verbunden haben. Die in Rede stehende Hypothek ist aber nicht im Interesse der Aktiengesellschaft oder der Aktionäre, sondern ausschließlich im Interesse des rumänischen Staates und seiner Gläubiger bestellt. Die Bestellung derselben gereicht zunächst, bis zur Emission der durch die Hypothek gesicherten Obligationen, zum Vorteile des rumänischen Staates. Der größte Teil der Obligationen war dazu bestimmt, gegen Stammaktien und Stammprioritätsaktien der beklagten Gesellschaft ausgetauscht zu werden. Die Sicherstellung derselben durch ein Pfandrecht am Gesellschaftsvermögen setzte den rumänischen Staat in den Stand, durch das Angebot hypothekarisch gesicherter Staatsobligationen sich tauschweise in den Besitz von Aktien der beklagten Gesellschaft zu setzen, deren Inhaber vielleicht nicht geneigt gewesen wären, gegen lediglich auf den Personalkredit des rumänischen Staates ausgegebene Obligationen sich ihres Aktienbesitzes zu begeben; dagegen hatte die Aktiengesellschaft an dieser Operation kein Interesse, da der Verkehr mit ihren Aktien ihrem Zwecke völlig fremd ist. Der Rest der Obligationen war nach Art. VIII des Vertrages dazu bestimmt, von der rumänischen Regierung für Verbesserung der Eisenbahn, insbesondere bauliche Herstellungen und Vermehrung des Betriebsmateriales, ferner zur Bestreitung der Emissions- und Konversionskosten einschließlich der nach Art. XII des Vertrages zu zahlenden Prämie, endlich zur Berichtigung schwebender Verbindlichkeiten der Gesellschaft verwendet zu werden. Alle diese Ausgaben lagen nicht der Aktiengesellschaft, sondern dem rumänischen Staate ob, welcher die Emissions- und Konversionskosten nach Art. VII, die vor der Betriebsübertragung eingegangenen Verbindlichkeiten der Gesellschaft nach Art. XXII und die Kosten der baulichen und Betriebsmaterialverbesserungen infolge der Übernahme des Betriebs auf eigene Rechnung zu tragen hatte. Wie demnach die Bestellung der Hypothek zunächst nur

zum Vorteil des rumänischen Staates stattfand, so gereicht auch nach der Emission der Obligationen die durch die Hypothek bewirkte Sicherstellung nur zum Vorteil der Gläubiger des rumänischen Staates. Diejenigen Aktionäre, welche ihre Aktien gegen Obligationen umtauschten, genießen zwar diesen Vorteil, aber nicht in der Eigenschaft von Aktionären, sondern erst von dem Zeitpunkte an, wo sie aufhörten Aktionäre zu sein und Staatsgläubiger wurden. Diejenigen Aktionäre dagegen, welche von der Berechtigung zum Umtausch der Aktien gegen Obligationen keinen Gebrauch machten, haben von der Hypothek nicht allein keinen Vorteil, sondern laufen Gefahr, daß ihnen durch Geltendmachung des Pfandrechts bei einer eventuellen Liquidation des Gesellschaftsvermögens der Hauptbestandteil desselben entzogen werde. Die Bestellung der Hypothek erscheint daher *als eine dem Zwecke der Aktiengesellschaft fremde Maßregel*, welche zu beschließen der Generalversammlung nicht zustand.

Ihre Befugnis zu dieser Maßregel kann umsoweniger angenommen werden, da dieselbe eine unzulässige Bevorzugung eines Teiles der Aktionäre vor den übrigen zur Folge hat. Die durch Bestellung der Hypothek bewirkte Belastung des Gesellschaftsvermögens ist zwar an sich allen Aktionären gleichmäßig nachteilig. Insoweit aber der rumänische Staat durch Umtausch der Aktien gegen Obligationen Aktionär wird, gleicht sich der Nachteil, welchen er als Aktionär durch die Hypothekbestellung erleidet, durch den Vorteil aus, welcher ihm als Schuldner bei Realisierung der Hypothek durch Tilgung seiner Schuld erwächst. Diese Bevorzugung der in den Besitz des Staates übergegangenen Aktien vor denjenigen, welche im Besitze der nicht zum Umtausche schreitenden Aktionäre verbleiben, erscheint nicht als eine zufällige, sondern ist bei Bestellung der Hypothek von den Vertragschließenden gewollt; sie erscheint ebensowenig als eine nur vorübergehende, da die von der rumänischen Regierung im Umtausch gegen neue Obligationen erworbenen Aktien nach Art. VI des Vertrages außer Verkehr gesetzt werden und während der Dauer der rumänischen Eisenbahnenaktiengesellschaft deponiert, mithin für immer in der Hand der rumänischen Regierung bleiben sollen.

Die beklagte Gesellschaft versuchte die Befugnis der Generalversammlung zur Bewilligung der Hypothekbestellung daraus herzuleiten, daß dieselbe eine der *Gegenleistungen* sei, welche die Aktiengesellschaft

für die ihr oder ihren Aktionären von dem rumänischen Staate zugesicherten Leistungen übernommen habe. Das angefochtene Erkenntnis schließt sich dieser Ansicht an, indem es annimmt, die Generalversammlung habe, wie über die Zweckmäßigkeit jeder Geschäftsausgabe, so auch darüber zu befinden gehabt, ob das Gesellschaftsinteresse durch die vorliegende Hypothezierung unter Abwägung ihres Äquivalents in dem Konventionsschluß gefördert werde. Es ist aber nicht anzuerkennen, daß die Bestellung der Hypothek eine Gegenleistung der Gesellschaft für ihr gewährte Vorteile sei. Die von dem rumänischen Staate durch den Vertrag übernommenen Leistungen bestehen in dem Versprechen, die Aktien gegen Obligationen umzutauschen und den Besitzern der nicht umgetauschten Aktien eine feste Dividende zu zahlen. Das erstere Versprechen betrifft keine Leistung des Staates an die Aktiengesellschaft, sondern eine zum Zwecke des Erwerbes von Aktien deren Besitzern zu machende Leistung; demgemäß ist auch die Gegenleistung, bestehend in der Abtretung der Aktien, nicht von der Aktiengesellschaft, sondern von den Aktienbesitzern zu gewähren. Das andere Versprechen ist nach Art. XIII des Vertrages das Äquivalent für die Rechte, welche durch den Vertrag dem rumänischen Staate eingeräumt wurden, nämlich das Recht des Betriebes des Bahnnetzes und der Verwaltung des Gesellschaftsvermögens. Als Gegenleistung der Aktiengesellschaft für dieses Versprechen kann die Bewilligung der Hypothekenbestellung umsoweniger angesehen werden, da im Falle der Realisierung des Pfandrechts infolge des Pfandverkaufes mit dem Betriebe der Eisenbahnen durch den rumänischen Staat auch dessen Verpflichtung zur Zahlung der versprochenen festen Dividende hinwegfallen würde.

6. Das angefochtene Erkenntnis verstößt demnach, indem es die Beschlüsse der Generalversammlung vom 3. März 1880 für gültig und verbindlich erklärt, gegen die Rechtsgrundsätze über die notwendige Organisation der Aktiengesellschaften und die Grenzen zulässiger Gesellschaftsbeschlüsse.

Es ist daher unter Aufhebung desselben gemäß §. 528 Abs. 3 Nr. 1 C.P.O. von dem Revisionsgericht auf Grund des in der Vorinstanz festgestellten Sachverhaltes endlich zu erkennen.

Die Befugnis des Klägers, auf Grund seines Aktienbesitzes in der Eigenschaft als Aktionär die erhobene Klage anzustellen, ist mit den Vorrichtern anzuerkennen.

Der erste auf Feststellung der Ungültigkeit der Beschlüsse vom 3. März 1880 gerichtete Klagantrag ist nach §. 231 C.P.O. zulässig und nach den vorstehenden Ausführungen unter 4 und 5 begründet.

Aus der Ungültigkeit der gedachten Beschlüsse ergiebt sich von selbst die Verpflichtung der Gesellschaft gegenüber dem Kläger, sich der Ausführung derselben zu enthalten, und die Ausführung, soweit sie bereits stattgefunden hat, insbesondere die Eintragung derselben im Handelsregister, rückgängig zu machen. Daher ist auch dem hierauf gerichteten weiteren Klagantrage zu entsprechen, auf die Frage aber, auf welche Weise die Wiederherstellung des früheren Zustandes von der Gesellschaft zu bewirken sei, sowie ob und unter welchen Voraussetzungen der Anspruch des Klägers auf Wiederherstellung des früheren Zustandes sich in einem Entschädigungsanspruch auflöse, beim Mangel deshalbiger Anträge nicht einzugehen."

---

**40. 1. Was versteht der Art. 16 Abs. 2 der Kaiserlichen Verordnung vom 23. Dezember 1871 unter der für Dampfschiffe bei Nebelwetter vorgeschriebenen „gemäßigten" Geschwindigkeit?**

**2. Wird durch die in der Kaiserlichen Verordnung vom 15. August 1876 über das Verhalten der Schiffer nach einem Zusammenstoße auf See den Führern derselben auferlegte Verpflichtung zur gegenseitigen Hilfsleistung ein Anspruch auf Berg- oder Hilfslohn nach Artt. 742 flg. H.G.B. ausgeschlossen?**

I. Civilsenat. Urt. v. 6. November 1880 i. S. S. (Kl.) w. Gen. St.-Nav.-Comp. (Bekl.) Rep. I. 556/79.

I. Handelsgericht Hamburg.
II. Obergericht daselbst.

Kläger verlangt von der Beklagten Ersatz des dem klägerischen Lotsschoner „Weser" durch eine Kollision mit dem beklagtischen Dampfer „Teal" zugefügten Schadens. Die Beklagte fordert widerklagend Vergütung für die dem klägerischen Schiffe von dem „Teal" nach der Kollision geleistete Assistenz, insbesondere für das Bugsieren des leck gewordenen Schiffes nach der Wesermündung.

Aus den Gründen:

„1. In conventione handelt es sich lediglich um die Frage, ob der „Teal" den Zusammenstoß durch Zuwiderhandeln gegen die Vorschrift des Art. 16 Abs. 2 der zu der hier fraglichen Zeit noch in Kraft befindlichen Kaiserlichen Verordnung vom 23. Dezember 1871, nach welcher bei Nebelwetter jedes Dampfschiff mit gemäßigter Geschwindigkeit fahren muß, verschuldet hat....

Zunächst ist in dieser Beziehung erhebliches Gewicht darauf zu legen, daß das Handelsgericht, obwohl es unter Hinzuziehung zweier nautischer Sachverständiger erkannt hat, sich von der Grundlosigkeit der klägerischen Behauptung, daß der „Teal" zu der hier fraglichen Zeit eine im Sinne der gedachten Verordnung gemäßigte Fahrt nicht gehabt habe, durch das bereits vorliegende Beweismaterial nicht hat zu überzeugen vermögen, sondern „nach eingehender Erwägung aller in Betracht kommenden Momente" dieserhalb noch eine Beweisauflage für erforderlich erachtet hat. Um mit dem Obergerichte, bei dessen kaufmännischen Mitgliedern doch das Vorhandensein der entsprechenden nautischen Kenntnisse nicht ohne weiteres vorausgesetzt werden kann, schon jetzt die Schuldlosigkeit der Besatzung des „Teal" auch in der hier fraglichen Richtung als unwiderleglich erwiesen annehmen zu können, müßten daher ganz überwiegende Gründe vorliegen. Dies ist aber nicht der Fall.

Ist nämlich auch dem Obergerichte zunächst darin beizutreten, daß trotz der hier fraglichen Vorschrift ein Dampfschiff auch bei Nebel seine Maschine so stark gebrauchen darf, daß es seine Steuerfähigkeit nicht verliert und sich jederzeit vollständig in der Herrschaft seines Führers befindet, so hat hierzu im vorliegenden Falle nach den eigenen Angaben der Beklagten und ihrer Zeugen schon ein Fortgang des Schiffes von nur 3 oder 3 bis 4 Seemeilen per Stunde genügt, und es ist jedenfalls nicht unbedenklich, daß das Obergericht ohne weiteres anzunehmen scheint, der „Teal" würde der fraglichen Vorschrift auch schon dann genügt haben, wenn er mit der größeren Geschwindigkeit von 6 bis 7 Seemeilen per Stunde gefahren wäre. Denn, da er den Umständen nach ohne Gefährdung seiner eigenen Sicherheit mit der Hälfte dieser Geschwindigkeit hätte fahren können, würde an sich anzunehmen sein, daß er dies auf Grund jener Vorschrift auch habe thun müssen, da zu der betreffenden Zeit unstreitig ein ganz besonders dichter Nebel

herrschte und daher im Sinne der Verordnung, deren Zweck ja die Verhütung des Zusammenstoßes von Schiffen ist, sowie mit Rücksicht auf die in Art. 19 und 20 der Verordnung enthaltenen allgemeinen Vorschriften auch eine ganz besondere Ermäßigung der Fahrt geboten war. Der Ausdruck „mit gemäßigter Geschwindigkeit" ist eben ein relativer. Es genügt offenbar nicht zur Befolgung der Vorschrift, daß ein Dampfschiff nur überhaupt eine Ermäßigung der Geschwindigkeit, mit welcher zu fahren es imstande sein würde, eintreten läßt. Der Ausdruck der Verordnung ist herübergenommen aus einer älteren internationalen Verordnung von 1863 und demselben liegt ohne Zweifel der englische Text zum Grunde, in welchem es heißt „with moderate (nicht etwa moderated) speed". Seine Bedeutung ist daher, daß nur mit einer mäßigen Geschwindigkeit gefahren werden darf, und zwar mit einer den jedesmaligen Umständen, insbesondere also der Dichtigkeit des Nebels, entsprechenden, während diejenige Geschwindigkeit, mit welcher gerade das betreffende Dampfschiff bei Anwendung der vollen Kraft der Maschinen zu fahren imstande sein würde, an sich nicht in Betracht kommen kann, und es daher nicht zu genügen scheint, wenn ein mit besonders kräftigen Maschinen versehenes Dampfschiff bei ganz dichtem Nebel seine Maschinenkraft nur auf die Hälfte reduziert, wobei die ihm begegnenden Schiffe ebenso sehr oder noch mehr gefährdet sein können, als wenn ein anderes schwächeres Dampfschiff bei Nebelwetter seine volle Kraft gebrauchen würde. Ist aber nach den Umständen des konkreten Falles das Dampfschiff nicht mit genügend ermäßigter Geschwindigkeit gefahren, so ist seiner Besatzung dieserhalb ein Verschulden zur Last zu legen. . . .

2. In reconventione ist dagegen die Beschwerde des Klägers unbegründet.

Von der Entscheidung der durch das Obergericht angeregten Frage, ob die Beklagte ihren Anspruch auf Hilfslohn nach den im V. Abschnitte der Strandungsordnung vom 17. Mai 1874 enthaltenen Bestimmungen zunächst bei dem Strandamte anzumelden gehabt hätte, kann hierbei abgesehen werden, da der Kläger die Unzulässigkeit der Widerklage aus diesem Grunde weder in den früheren Instanzen noch jetzt geltend gemacht hat. Es handelt sich mithin nur darum, ob die im §. 1 der Kaiserlichen Verordnung vom 15. August 1876 über das Verhalten der Schiffer nach einem Zusammenstoße auf See dem Führer

eines jeden derselben auferlegte Verpflichtung, dem anderen Schiffe und den dazu gehörigen Personen zur Abwendung oder Verringerung der nachteiligen Folgen des Zusammenstoßes den erforderlichen Beistand zu leisten, soweit er dazu ohne erhebliche Gefahr für das eigene Schiff und die darauf befindlichen Personen imstande ist, den Anspruch auf eine Vergütung für diesen Beistand ausschließt. Diese Frage ist aber zu verneinen. Denn die gedachte Verordnung ist, wie auch im Eingange ausdrücklich erwähnt wird, gleich der Not- und Lotsensignalordnung vom 14. August 1876 ergangen auf Grund des §. 145 des Strafgesetzbuches, welcher durch das Gesetz vom 26. Februar 1876 dahin erweitert war, daß außer der Übertretung der vom Kaiser zur Verhütung des Zusammenstoßes der Schiffe auf See erlassenen Verordnungen auch die Übertretung der Kaiserlichen Verordnungen über das Verhalten der Schiffer nach einem Zusammenstoße, sowie in betreff der Not- und Lotsensignale unter Strafe gestellt werden solle. Der §. 1 der Verordnung charakterisiert sich daher als eine Bestimmung des öffentlichen Rechts, ohne die Frage, ob und welche civilrechtlichen Folgen die Erfüllung der statuierten Verpflichtung habe, irgendwie zu berühren. Diese Frage zu entscheiden konnte jene Verordnung auch unmöglich beabsichtigen. Denn sie war bereits durch ein Reichsgesetz, nämlich durch die Bestimmungen im 9. Tit. des V. Buches des Handelsgesetzbuches Artt. 742 flg. geordnet, welche — wie Kläger mit Unrecht vermeint — die Fälle, wo von zwei zusammengestoßenen Schiffen das eine dem anderen hinterher Hilfe leistet, keineswegs ausschließen. Die Behauptung des Klägers, daß durch die Verordnung vom 15. August 1876 eine Lücke des Handelsgesetzbuches ausgefüllt und zugleich der hier vorgesehene Fall dem Gebiete des Privatrechts entzogen sei, ist hiernach unbegründet. Nach dem Handelsgesetzbuche gewährt aber schon die bloße Thatsache der Bergung oder Hilfsleistung einen Anspruch auf eine entsprechende Vergütung, ohne daß hierfür auch das Erfordernis der Freiwilligkeit aufgestellt wäre. Aus dem durch die gedachte Verordnung aufgestellten Gebote der Hilfsleistung kann die Unentgeltlichkeit der letzteren umsoweniger hergeleitet werden, als eine Abänderung der betreffenden Bestimmungen des Handelsgesetzbuches, als eines Reichsgesetzes, nach Art. 5 der Reichsverfassung nur im Wege der Reichsgesetzgebung zulässig gewesen sein würde. Nur soviel versteht sich allerdings von selbst, daß ein Schiff, welches nach einem Zusammen-

stoße dem anderen Schiffe Beistand leistet, dann einen Hilfs- oder Bergelohn nicht fordern kann, wenn es dessen Beschädigung und Hülfsbedürftigkeit durch eigene Verschuldung beim Zusammenstoße herbeigeführt hat. Ob nach englischem Rechte, auf welches Kläger hinweist, in einem Falle der vorliegenden Art Vergütung gefordert werden könnte, kann hier umsomehr dahin gestellt bleiben, als das englische Recht über die s. g. Salvage ganz besondere Grundsätze enthält.

Vgl. Entsch. des R.O.H.G.'s Bd. 22 S. 91 flg."

---

## 41. Rechtsfall, in welchem eine an sich ungebührliche Verzögerung der Reise des Schiffes durch Stilliegenlassen desselben seitens der Rheder auf Grund besonderer Policeklauseln und des Verhaltens der Versicherer für nicht präjudizierlich erachtet wurde.

H.G.B. Artt. 817 und 818. Allgemeine Seeversicherungsbedingungen von 1867 §§. 60 und 61.

I. Civilsenat. Urt. v. 22. November 1880 i. S. der See- und Flußversicherungsgesellschaft A. (Bekl.) w. G. & Sohn (Kl.). Rep. I. 618/79.

I. Handelsgericht Hamburg.
II. Obergericht daselbst.

Aus den Gründen:

„Nach dem sich an Art. 818 H.G.B. anschließenden §. 61 der Allgemeinen Seeversicherungsbedingungen von 1867, welche der hier fraglichen Police zum Grunde liegen, haftet der Versicherer nicht für die später sich ereignenden Unfälle, wenn von dem Versicherten oder im Auftrage oder mit Genehmigung desselben der Antritt oder die Vollendung der Reise ungebührlich verzögert wird, oder wenn der Versicherte in anderer Weise, als im vorstehenden Paragraphen angegeben worden (nämlich durch Veränderung der Reise nach einem anderen als dem vereinbarten Bestimmungshafen oder durch wesentliche Abweichung von dem der versicherten Reise entsprechenden Wege), eine Vergrößerung oder Veränderung der Gefahr veranlaßt, namentlich eine in dieser Beziehung erteilte besondere Zusage nicht erfüllt.

Die Faktorei der Kläger in Apia (auf den Samoainseln) hat nun

das an sie adressierte klägerische Schiff „Susanne Godeffroy", welches dort bereits am 13. Juli 1876 eingetroffen war, unbestrittener Maßen auch nach der am 7. Oktober 1876 erfolgten Vollendung einer Reparatur der auf der Ausreise erlittenen Beschädigungen noch $6^2/_3$ Monate still liegen lassen und die dann am 27. April 1877 begonnene Beladung so langsam vorgenommen, daß das Schiff erst am 11. Juli 1877 die Rückreise antreten konnte, wobei es jedoch noch nicht einmal vollständig beladen war, sondern behufs Komplettierung seiner Ladung zunächst nach der, ebenfalls zu den Samoainseln gehörigen, Insel Vavau versegeln mußte. In diesem mehr als sechsmonatlichen Aufenthalte, welchen das Schiff bis zum Beginne der Beladung erlitten hat, ist aber mit den Vorinstanzen entschieden eine „ungebührliche" Verzögerung der Reise im Sinne des §. 61 der Bedingungen zu erblicken und zwar eine den Klägern als den Versicherten selbst zur Last fallende, da ihre Faktorei in Apia als ihre Beauftragte und Vertreterin erscheint, die Klägerin auch überall nicht behauptet hat, daß das Liegenlassen des Schiffes gegen ihre Instruktion geschehen und auch nicht von ihr genehmigt sei. Klägerin behauptet zwar, daß dieser Aufenthalt keinen Einfluß auf die Gefahr gehabt habe, da nach der Verklarung das Schiff Apia in dichtem Zustande verlassen und den Leck, sowie seine sonstigen Beschädigungen erst infolge von Seeunfällen erhalten habe. Das ist aber unerheblich, da der §. 61 der Bedingungen eine Ausnahme nur dann eintreten läßt, wenn erhellt, daß die Vergrößerung oder Veränderung der Gefahr einen Einfluß auf den späteren Unfall nicht hat üben können. Die Beklagte würde daher hiernach als Versicherer von Schiff und Fracht für den hier fraglichen, auf der von Apia aus angetretenen Reise dem Schiffer zugestoßenen Unfall an sich nicht haften, sofern Klägerin nicht noch — wie ihr vom Handelsgerichte freigelassen war — Umstände anführen und beweisen könnte, welche den späten Beginn der Beladung als entschuldbar erscheinen lassen.

Allein es ist dem Obergerichte darin beizutreten, daß der lange Aufenthalt des Schiffes in Apia auf Grund der in die Police aufgenommenen besonderen Bestimmungen den Klägern, auch abgesehen von einem solchen Nachweise, nicht präjudiziert.

Freilich würde diese Annahme nicht ganz unbedenklich sein, wenn man bei der Auslegung der Police lediglich auf deren Wortfassung angewiesen wäre. Denn was

a) die s. g. Eskalenklausel anlangt, nach welcher es der „Susanne Godeffroy" freistehen sollte „Apia und einen oder mehrere Plätze und/oder Rheden der Südseeinseln, gleichviel in welcher Reihenfolge und eventuell nach bereits verlassenen Plätzen zurückkehrend, anzulaufen, mit der Freiheit, überall auf den Inseln zu löschen und zu tauschen und/oder andere Güter zuzuladen sowie eventuell in Ballast von einem nach dem anderen Platze zu versegeln", so erscheint es an sich als sehr mißlich, hierin auch die Vereinbarung zu finden, daß die Kläger berechtigt seien, das Schiff längere Zeit in Apia unbeschäftigt stilliegen zu lassen, da von der Gestattung eines solchen längeren Aufenthaltes mit keinem Worte die Rede ist und die (von der Beklagten, welche gerade das Gegenteil behauptet, übrigens bestrittene) Behauptung der Kläger, daß der Aufenthalt des Schiffes in Apia weniger gefahrvoll als ein Umherfahren desselben zwischen den verschiedenen Südseeinseln gewesen sein würde, schon deshalb unerheblich ist, weil die Kläger durch das einstweilige Liegenlassen des Schiffes noch keineswegs darauf verzichteten, dasselbe nachträglich auch noch zu Zwischenfahrten in der Südsee zu benutzen, wie denn dasselbe unstreitig in Apia auch nur teilweise beladen und durch seine Expedition nach Vavau behufs Komplettierung der Ladung die hier fragliche Klausel auch in anderer Weise ausgenutzt wurde, sodaß der noch hinzukommende längere Aufenthalt in Apia thatsächlich das von der Beklagten übernommene Risiko jedenfalls noch verlängerte und vermehrte und nicht etwa ein bloßes minus der in dieser Klausel den Klägern gestatteten Befugnisse war. Auch weist das Obergericht mit Recht darauf hin, daß die Kläger selbst durch ihr Verhalten, nämlich durch ihre den übrigen Versicherern zugestandene Prämienverbesserung von 5% für die laut der Police vorgesehene Abweichung von der ursprünglichen Versicherung, den Aufenthalt des Schiffes in Apia nicht unter die hier fragliche Klausel subsumiert zu haben scheinen. Denn nach dem Wortlaute dieser Klausel würden sie zu deren Ausnutzung schon gegen die bedungene feste Prämie befugt gewesen sein, während allerdings die unten zu besprechende s. g. Abweichungsklausel nur gegen demnächst festzusetzende Zuschlagsprämien benutzt werden durfte....

b) Auch die weitere Klausel der Police, nach welcher „etwaig

Abweichungen von obigen Reisen oder gänzliche Veränderung derselben nicht präjudizieren sollen, diese Versicherung vielmehr vorkommenden Falles in Kraft bleiben soll, gegen Prämienregulierung nach Billigkeit, sobald definitive Nachrichten eingehen", läßt das Bedenken zu, daß zwischen der Verzögerung der Reise durch einen freiwilligen Aufenthalt des Schiffes am Lande einerseits und Abweichungen von der Reise oder Veränderung derselben andererseits im technischen Sinne ein Unterschied besteht und erstere technisch nicht etwa eine Unterabteilung der letzteren ist. Denn wie Art. 817 H.G.B. nur von der gänzlichen Veränderung der Reise — nämlich von der Richtung derselben nach einem anderen Bestimmungshafen — spricht, Art. 818 dagegen die ungebührliche Verzögerung der Reise, die Abweichung von dem entsprechenden Wege u. s. w. oder die Vergrößerung oder Veränderung der Gefahr in anderer Weise behandelt, so unterscheiden auch die §§. 60 und 61 der allgemeinen Bedingungen, wobei sie aber von jenen Gesetzesbestimmungen im einzelnen und namentlich auch insofern differieren, als §. 60 die Abweichung von dem entsprechenden Wege u. s. w. der Aufgabe der versicherten Reise durch die Wahl eines anderen Bestimmungsortes (nachdem die Gefahr zu laufen begonnen) gleichstellt, während §. 61 mit der ungebührlichen Verzögerung der Reise jede in anderer als der im §. 60 angegebenen Weise vom Versicherten veranlaßte Vergrößerung oder Veränderung der Gefahr zusammenfaßt.

Schon aus diesen Differenzen zwischen den gesetzlichen Bestimmungen und den allgemeinen Versicherungsbedingungen ergiebt sich aber, daß die Unterscheidung zwischen den Folgen der Veränderung der Reise, Abweichungen von derselben und Verzögerung der Reise etwas mehr oder weniger Willkürliches hat. Sie beruhen sämtlich auf dem gemeinsamen Grundgedanken, daß eine Vergrößerung oder Veränderung der Gefahr für den Versicherer von dem Versicherten nicht herbeigeführt werden darf, und daß letzterer, falls es dennoch geschieht, so angesehen werden soll, als ob er die Gefahr selbst übernommen habe. Wenn nun im vorliegenden Falle vereinbart war, daß sogar eine gänzliche Veränderung der Reise den Klägern nicht präjudizieren, sondern die Versicherung vielmehr in diesem Falle gegen eine der Billigkeit entsprechende nachträgliche Prämienerhöhung in Kraft bleiben solle, die Gefahr daher in diesem höchst bedeutungsvollen Punkte von den Versicherern ohne alle Einschränkung und Umgrenzung über-

nommen war, so läßt sich schon dieserhalb nicht wohl annehmen, daß im Gegensatze hierzu eine bloße ungerechtfertigte Verzögerung der Reise nach der Intention der Kontrahenten als eine ungebührliche Verzögerung im Sinne des §. 61 der Allgemeinen Bedingungen habe angesehen werden und die Versicherer von der Haftung für weitere Unfälle befreien sollen. Vielmehr liegt es, zumal bei dem ganz besonderen Vertrauen, welches ausweise der Police den Versicherten auch durch die, ihnen an sich die Handhabe zu ungebührlicher Ausbeutung ihres Interesses auf Kosten des Interesses der Versicherer bietende s. g. Eskalenklausel geschenkt wurde, sehr nahe, daß nach dem Willen der Kontrahenten durch die Police auch ein längerer Aufenthalt des Schiffes gegen eine demnächst zu regulierende Zusatzprämie habe gedeckt sein sollen, selbst wenn das Schiff während dieses Aufenthaltes unbeladen war und wenn die Behauptung der Beklagten richtig sein sollte, daß ein solcher Aufenthalt mit Rücksicht auf die Einwirkungen des heißen Klimas die Gefahr in höherem Grade vermehre, als irgend eine Veränderung der Reise; dies würde eben nur zur Folge haben, daß auch die Zusatzprämie um so höher zu bestimmen war. Weshalb die nachträgliche Feststellung eines Maßstabes für die Prämienverbesserung für diesen Fall — wie die Beklagte jetzt geltend macht — schwieriger sei, als im Falle der gänzlichen Veränderung der Reise nach einem (möglicher Weise in der Praxis bis dahin ganz ungewöhnlichen) Bestimmungsorte, ist nicht abzusehen. Auch bedarf es hier, wo nur ein Aufenthalt von 6 bis 7 Monaten in Frage steht, keines Eingehens auf die von der Beklagten angeregte Frage, ob die Konsequenz, wenn man überhaupt einen längeren Aufenthalt des Schiffes als durch die Police gedeckt ansieht, dahin führen würde, daß das Risiko für die Versicherer während jedes beliebigen z. B. viele Jahre fortgesetzten Aufenthaltes fortdauere.

Daß aber in der That auch nach der Auffassung der Beklagten die Police den Zweck hatte, das Interesse der Kläger auch für den vorliegenden Fall unter Versicherung zu stellen und ihnen somit die Anerkennung der Unmöglichkeit einer vorgängigen, alle möglichen Eventualitäten berücksichtigenden Disposition jede ihren Zwecken entsprechende anderweite Verfügung über ihr Schiff zu gestatten, ergiebt sich als ganz unzweifelhaft unter Mitberücksichtigung folgender Momente.

1. Es läßt schon der Umstand, daß die sämtlichen zahlreichen

Assekuranzgesellschaften, welche außer der Beklagten bei der Police beteiligt waren, den Schaden gegen eine Zusatzprämie von 5% gezahlt haben, kaum eine andere Deutung zu, als daß dies in der Überzeugung von einer ihnen hierzu auf Grund des Versicherungsvertrages obliegenden Verpflichtung geschehen ist, und die Andeutungen der Beklagten, daß dies in Wirklichkeit sich anders verhalten habe, indem vielmehr nur allerlei fremdartige Verhältnisse und Einflüsse dazu geführt hätten, verdient keine Beachtung. Sodann aber spricht

2. auch die nicht nur von den übrigen Mitversicherern, sondern auch von dem damaligen beklagtischen Bevollmächtigten R. vorbehaltlos erfolgte Entgegennahme der Anzeige vom 23. August 1877 entschieden dafür, daß auch beklagtischerseits entweder in dem Aufenthalte des Schiffes in Apia keine ungebührliche Verzögerung der Reise erblickt oder dieser Aufenthalt als unter die Abweichungsklausel fallend angesehen ist Denn unbestrittener Maßen war dem R. durch die Andienung vom 26. Oktober 1876 bekannt, daß das Schiff bereits im Juli 1876 auf seiner Ausreise Apia mit verschiedenen Schäden, welche dort repariert wurden, erreicht hatte, und wenn er nun durch jene spätere Anzeige erfuhr, daß das Schiff erst am 11. Juli 1877 weiter versegelt sei, so war ihm dadurch bekannt, daß der Aufenthalt fast ein Jahr gedauert hatte und mithin ein ganz ungewöhnlich langer und auffallender gewesen war. Freilich waren ihm damals die näheren Umstände in betreff der Dauer der Reparatur des Schiffes und der Zeit des Beginnes seiner Beladung für die Rückreise noch nicht bekannt. Allein das ist unerheblich, da er schon deshalb, weil er von den Klägern wegen der von dem Schiffe auf der Ausreise erlittenen Schäden nicht in Anspruch genommen war, darauf schließen konnte, daß dieselben die vertragsmäßige Franchise nicht überstiegen, mithin nur unbedeutend gewesen seien und deshalb auch ihre Reparatur nur kurze Zeit habe beanspruchen können, und da andererseits eine „ungebührliche Verzögerung" der Reise im Sinne des §. 61 der Policebedingungen auch dann vorgelegen haben würde, wenn zwar mit der Beladung des Schiffes rechtzeitig begonnen, dieselbe aber so langsam betrieben wäre, daß trotzdem das Schiff bis zum 11. Juli 1877 aufgehalten wurde. Die Wahrscheinlichkeit eines mehrere Monate dauernden Aufenthaltes des Schiffes in unbeladenem Zustande lag hiernach jedenfalls schon vor. R. unterließ es aber nicht nur, sich nach den näheren Umständen zu

erkundigen, sondern er acceptierte auch zugleich vorbehaltlos die Anzeige, daß den Versicherten, weil das Schiff die Rückreise nicht nach San Francisco, sondern nach Europa angetreten habe, in Gemäßheit der darauf bezüglichen Klausel der Police noch $^1/_2$ Procent Prämienverbesserung zu belasten sei, womit er an sich das Fortbestehen der Versicherung auch für die Rückreise stillschweigend anerkannte, und in diesem Verhalten würde, da die Kläger andernfalls damals noch in der Lage gewesen wären, das Risiko eventuell bei sonstigen Versicherungsgesellschaften zu decken, ein Verstoß gegen Treu und Glauben gefunden werden müssen, wenn R. beabsichtigt hätte, sich den Einwand der Präjudizierung der Police durch den langen Aufenthalt des Schiffes in Apia stillschweigend vorzubehalten....

3. Endlich aber ist dafür, daß im Sinne der Kontrahenten nach den besonderen Bedingungen der Police das Risiko von den Versicherern auch für den Fall eines an sich ungebührlich langen Aufenthaltes in einem Hafen der Südseeinseln gedeckt bleiben sollte, noch von erheblicher Bedeutung das Verhalten der Versicherer und insbesondere auch des damaligen beklagtischen Bevollmächtigten R. bei einem anderen Versicherungsvertrage....

Die Beklagte ist nämlich mit der Summe von 10 000 M. bei der laut Police vom 12. Juli 1876 geschehenen Versicherung des Kasko des den Klägern gehörigen Schiffes „Elisabeth", taxiert zu 200 000 M., beteiligt gewesen und enthielt jene Police ganz dieselben Klauseln, wie die hier in Rede stehende. Sie lautete nämlich auf eine Reise von Marseille, Valparaiso anlaufend, nach Apia und zurück nach Europa, wofür die Prämie zu 3% bedungen war, während die darin enthaltene sogenannte Eskalenklausel und Abweichungsklausel mit denjenigen der hier fraglichen Police durchaus übereinstimmten, insbesondere auch dort von der Gestattung eines längeren Aufenthaltes in einem der Zwischenhäfen keine Rede war. Nichtsdestoweniger ist aber, nachdem die „Elisabeth" glücklich nach Hamburg zurückgekehrt war, laut Nachtrag der Police vom 22. Januar 1878 konstatiert, daß sich das Schiff seiner Zeit 9 Monate in Papete aufgehalten habe, und daß für diese außergewöhnliche Verzögerung den Versicherten zufolge „umstehender" Vereinbarungen (nämlich jener Klauseln) eine Prämienzulage von 3% zu belasten sei, was sämtliche Versicherer (auch R.) acceptierten. Da die Sache aber in beiden Fällen — abgesehen

davon, daß in dem einen das Risiko für die Versicherer glücklich abgelaufen war, in dem anderen aber zu einem Verluste geführt hatte — ganz gleich lag, so kann in dieser Entgegennahme einer Zuschlagsprämie, und zwar nur einen einzigen Tag vor der Zustellung der gegenwärtigen Klage, nur das Anerkenntnis der Beklagten gefunden werden, daß die obige Auslegung der Policenklauseln richtig, und daß mithin das Risiko der Beklagten trotz des längeren Aufenthaltes des Schiffes fortgelaufen sei, indem sonst die Beklagte mit sich selbst in Widerspruch getreten sein würde durch Annahme einer Prämie ohne ein entsprechendes Risiko." ...

---

## 42. Bedeutung des „Ortsgebrauches" in Art. 596 Abs. 1 und Art. 600 H.G.B. — Nichterhebung eines angebotenen Beweises über ein angebliches Gewohnheitsrecht.

I. Civilsenat. Urt. v. 18. Dezember 1880 i. S. W. (Bekl.) w. Kapitän E. (Kl.) Rep. I. 849/80.

I. Landgericht Hamburg, Kammer für Handelssachen.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Aus den Gründen:

„Der Beklagte hat seinen Angriff hauptsächlich auf einen angeblichen Verstoß gegen die Artt. 596. 599 und 600 H.G.B. gestützt. Es handelt sich hierbei um die Frage, ob in Hamburg ein Ortsgebrauch existiere, welchem gemäß die Bestimmung des Art. 599, daß dem Verfrachter für die Tage, während welcher er wegen der zufälligen Verhinderung des Transportes jeder Art von Ladung von dem Schiffe an das Land hat länger warten müssen, Liegegeld gebühre, dort nicht zur Anwendung gebracht werden dürfe. Wenn in dieser Beziehung das Oberlandesgericht ausgesprochen hat, daß die Frage, ob die Dauer der Löschzeit durch hamburgischen Ortsgebrauch abweichend von Art. 596 Abs. 1 H.G.B. geregelt sei, für die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreites keine Erheblichkeit habe, so liegt darin allerdings eine kleine Unrichtigkeit, die aber einmal dem Beklagten nicht zum Nachteile gereicht, und sodann ihren Grund nur in einer etwas unvorsich-

tigen Wahl des Ausdruckes hat, indem das Oberlandesgericht nach dem sonstigen Inhalte seiner Entscheidungsgründe keineswegs verkennt, daß nach Art. 600 einem etwaigen Ortsgebrauche nur unter der Voraussetzung Bedeutung zukommen würde, daß auch ein nach Art. 596 Abs. 1 in Betracht zu ziehender Hamburger Ortsgebrauch existierte.

Vgl. Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts Bd. 5 S. 135 flg.

Die Hauptfrage ist, ob mit Recht das Oberlandesgericht unter dem „Ortsgebrauche" im Sinne des Art. 600 H.G.B. nicht eine bloße thatsächliche Übung, sondern ein Gewohnheitsrecht verstanden hat.

Dies ist nun aber unbedenklich zu bejahen; denn ein Ortsgebrauch, der irgend etwas „bestimmt", muß notwendig eine Rechtsquelle, also ein Gewohnheitsrecht, sein. Übrigens führt auch eine Vergleichung des Art. 600 mit dem Art. 596 Abs. 1 zu demselben Ergebnisse, indem es logisch nicht wohl denkbar wäre, daß, wenn an der letzteren Stelle hintereinander Vertrag, örtliche Verordnungen und Ortsgebrauch als mögliche Grundlagen einer Norm genannt werden, dann unter „Ortsgebrauch" nicht gleichfalls etwas direkt Normgebendes, also ein lokales Gewohnheitsrecht, verstanden sein sollte.

Die Entscheidung des Oberlandesgerichts, daß ein Ortsgebrauch des fraglichen Inhaltes in Hamburg nicht bestehe, ist nun für das Reichsgericht, nach §. 525 C.P.O. verglichen mit §. 12 des Einführungsgesetzes zu derselben, maßgebend, insofern nicht die Grundsätze des gemeinen Rechtes über das Gewohnheitsrecht oder die Vorschriften des §. 265 C.P.O. über den Beweis desselben verletzt sein sollten. Ersteres ist weder ersichtlich, noch auch nur vom Beklagten behauptet. Den §. 265 C.P.O. hat er zwar als durch die Ablehnung der Beweiserhebung über das angebliche Gewohnheitsrecht verletzt bezeichnet, aber völlig grundloser Weise, da in dieser Gesetzesbestimmung es keineswegs dem Richter zur Pflicht gemacht ist, den angebotenen Beweis über ein angebliches Gewohnheitsrecht zu erheben, von dessen Nichtexistenz er unmittelbare Kenntnis hat, oder von dessen Existenz er selbst unter Voraussetzung der unter Beweis gestellten Thatumstände sich nicht überzeugt halten würde."

## 43. Anfang der Überliegezeit nach Art. 570 Abs. 2 und Art. 597 Abs. 2 H.G.B. — Verpflichtung zum Ersatze der Protestkosten.

I. Civilsenat. Urt. v. 18. Dezember 1880 i. S. W. (Bekl.) w. Kapitän Tr. (Kl.) Rep. I. 848/80.

I. Landgericht Hamburg, Kammer für Handelssachen.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Aus den Gründen:

„Da nicht vom Kläger behauptet ist, daß er vor dem am 27. Januar 1880 erhobenen Proteste, insbesondere am 26. Januar oder noch früher, dem Beklagten angezeigt habe, daß er die Löschzeit für mit dem 26. Januar ablaufend halte, so ist kein Rechtsgrund ersichtlich, weshalb ihm Beklagter für den 27. Januar bereits Liegegeld schulden sollte. Nach Art. 597 Abs. 2 (wie nach Art. 574 Abs. 2) H.G.B. beginnt in Ermangelung vertragsmäßiger Bestimmung die Überliegezeit erst, nachdem der Verfrachter dem Empfänger (beziehungsweise dem Befrachter) erklärt hat, daß die Löschzeit (beziehungsweise die Ladezeit) abgelaufen sei. Da der vorliegende Protest sich selbst als um $3^1/_4$ Uhr nachmittags am 27. Januar 1880 erhoben bezeichnet, so könnte also keinenfalls für den ganzen 27. Januar Liegegeld verlangt werden. Außerdem ist hier aber die Civilkomputation nach ganzen Kalendertagen anzuwenden. Diese ist zum Beispiel auch bei Berechnung der „Wartezeit" des Art. 580 H.G.B. in Art. 571 Abs. 2 deutlich vorausgesetzt, indem die Wartezeit nicht eher ablaufen soll, als bis „seit dem Tage der Abgabe der Erklärung" (nicht etwa „seit der Abgabe der Erklärung") drei Tage verstrichen sind. Für den jetzt in Rede stehenden Fall führt insbesondere die Konsequenz insofern auf diese Berechnungsart hin, als auch die Löschzeit, beziehungsweise die Ladezeit, nach Art. 595 Abs. 3 und Art. 568 Abs. 2 „mit dem auf die Anzeige folgenden Tage" beginnt. Es ist offenbar rein zufällig, daß sich in Art. 597 Abs. 2 und Art. 570 Abs. 2 statt dessen das unbestimmtere „nachdem" gebraucht findet, und erklärt sich zur Genüge daraus, daß der Ausdruck gleichmäßig passen sollte auf den Fall, wo die Erklärung schon im voraus innerhalb der Löschzeit, beziehungsweise Ladezeit erfolgt ist, und denjenigen, wo sie erst nachträglich geschieht; auf den ersteren Fall würde die Nennung des folgenden Tages als Anfangspunktes nicht

gepaßt haben. Dafür, daß in diesen Verhältnissen im Zweifel überhaupt immer die Civilkomputation anzuwenden ist, mag noch auf ein Urteil des Reichsoberhandelsgerichts von 1873 (in den Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts Bd. 12 S. 128 flg.) hingewiesen werden. Allerdings scheint die Meinung der Hamburger Seerechtskonferenz nach ihren Protokollen (Bd. 5 S. 2109) dahin gegangen zu sein, daß derjenige ganze Tag, mit welchem die Überliegezeit zu laufen begänne, falls der betreffende Protest erst nach dem Ende der Lade- beziehungsweise Löschzeit erhoben würde, schon der Tag dieser Protesterhebung selbst sein sollte; aber nachdem diese Meinung in dem Art. 511 Abs. 2 des Entwurfes erster Lesung auch ihren Ausdruck gefunden hatte, ist letzterer bei der völligen Umarbeitung des in Betracht kommenden Abschnittes des Entwurfes in zweiter Lesung eben gänzlich verloren gegangen, vermutlich weil auch jene Meinung selbst nunmehr aufgegeben war. Das Liegegeld konnte im vorliegenden Falle mithin zuerst für den 28. Januar gefordert werden, also, da die Löschung am 2. Febr. beendet wurde, im ganzen nur für sechs Tage, und insofern das Urteil des Landgerichts dasselbe für sieben Tage zugesprochen hat, beruht das die Berufung zurückweisende Urteil des Oberlandesgerichts auf einer Verletzung des Art. 597 Abs. 2 H.G.B.

Nicht minder beruht das angefochtene Urteil in Ansehung der geforderten und vom Landgerichte dem Kläger zuerkannten Protestkosten auf einem Verstoße gegen Art. 597 Abs. 3 verglichen mit Art. 572 H.G.B. Nach diesen Gesetzesvorschriften könnte der Kläger die Erstattung jener Kosten nur verlangen, wenn der Beklagte sich geweigert hätte, den Empfang der in Art. 597 Abs. 2 vorgesehenen Erklärung in genügender Weise zu bescheinigen; eine solche Weigerung des Beklagten ist nun aber vom Kläger gar nicht behauptet worden."

---

**44. 1. Hat der ein Retentionsrecht an Wertpapieren beanspruchende Gläubiger zu beweisen, daß dieselben Eigentum seines Schuldners sind?**

Art. 313 H.G.B.

**2. Rechtliche Natur der Talons. Unterliegen dieselben dem Pfandrechte, welches nach Art. 374 H.G.B. dem Kommissionär an dem Kommissionsgute zusteht?**

Preußisches Gesetz vom 18. März 1869 betr. die Ausgabe von Talons zu den preußischen Staatsschuldverschreibungen. Preußische Konkursordnung v. 8. Mai 1855 §. 10. A.L.R. I. 13. §. 199.

I. Civilsenat. Urt. v. 12. Februar 1881 i. S. Gebr. P. (Bekl.) w. H. (Kl.) Rep. I. 321/79.

I. Stadtgericht Berlin.
II. Kammergericht daselbst.

Aus den Gründen:

„Der Beklagte hat von der Firma Gebr. P. in Kassel am 1. Februar 1878 im ganzen 22 Talons zu Obligationen der $4^1/_2$ % preußischen konsolidierten Anleihe behufs Besorgung der neuen Couponsbogen und Talons zugesandt erhalten. Nachdem Mitte Februar 1878 über das Vermögen der Firma Gebr. P. der Konkurs eröffnet ist und der Konkurskurator hinsichtlich vier Stück dieser Talons, welche zu den Obligationen B. 47709 bis 47712 gehören, mit der Erklärung, daß diese Talons der Firma Gebr. P. vom Kläger lediglich zur Vermittelung des Umtausches übergeben seien, dem Kläger den etwa der Konkursmasse gegen den Beklagten zustehenden Anspruch auf Rückgabe der Talons oder auf Herausgabe der dafür eingetauschten neuen Coupons und Talons abgetreten hat, ist diesem vom Kläger geltend gemachten, an sich nicht bestrittenen Anspruche gegenüber vom Beklagten wegen einer diesem gegen Gebr. P. zustehenden, an sich ebenfalls nicht streitigen bedeutenden Forderung aus laufender Rechnung in Kommissionsgeschäften das kaufmännische Retentionsrecht und das Pfandrecht des Kommissionärs in Anspruch genommen.

Der zweite Richter hat unter Abänderung des die Klage abweisenden erstinstanzlichen Erkenntnisses den Beklagten in Gemäßheit der zweiten Alternative der Klagbitte verurteilt.

Die hiergegen vom Beklagten erhobene, auf Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung gerichtete Revisionsbeschwerde ist unbegründet.

Was nämlich zunächst das vom Beklagten geltend gemachte Retentionsrecht anlangt, so besteht ein solches nach Art. 313 H.G.B. nur an Sachen und Wertpapieren des Schuldners und setzt mithin das Eigentum des Schuldners daran voraus (vgl. Entsch. des R.O.H.G.'s

Bd. 6 S. 310, Bd. 15 S. 421, Bd. 17 S. 157 und Bd. 18 S. 21). Im vorliegenden Falle ist aber das Eigentum der Gebr. P. an den hier fraglichen Talons und an den Obligationen, zu welchen sie gehören, vom Kläger bestritten und vielmehr für sich in Anspruch genommen, ohne daß der Beklagte, welcher die thatsächlichen Voraussetzungen des von ihm beanspruchten Retentionsrechtes seinerseits zu beweisen hatte, einen Beweis für das Eigentum der Gebr. P. überhaupt angetreten hätte. Da seine Berufung auf das Retentionsrecht schon hiernach als hinfällig erscheint, bedarf es keines Eingehens auf die Frage, ob im übrigen die Voraussetzungen desselben vorliegen würden.

Hinsichtlich des sodann vom Beklagten auf Grund des Art. 374 H.G.B. beanspruchten Pfandrechtes ist aber dem Appellationsrichter darin beizutreten, daß demselben die rechtliche Natur der in Frage stehenden Talons entgegensteht, welche als „Kommissionsgut" im Sinne des Art. 374 nicht betrachtet werden können.

Zwar sind unter dem Kommissionsgut, an welchem dem Kommissionär ein gesetzliches Pfandrecht eingeräumt ist, ohne Zweifel auch Wertpapiere und insbesondere auch Papiere auf den Inhaber zu verstehen, sofern solche nicht bloß Legitimations- oder Beweisdokumente, sondern Träger einer (wenigstens in gewissem Sinne) selbständigen Obligation sind, so daß die Forderung sich gewissermaßen in ihnen verkörpert. Diese Eigenschaft kann aber den hier fraglichen Talons nicht zugesprochen werden. Denn nach dem maßgebenden preußischen Gesetze vom 18. März 1869, betreffend die Ausgabe von Talons zu den preußischen Schuldverschreibungen — das die Konsolidation der preußischen Staatsanleihen betreffende Gesetz datiert erst vom 19. Dezember 1869, also von einem späteren Zeitpunkte — erfolgt zwar die Ausreichung neuer Zinsbogen an den Inhaber der Talons, im Falle des Widerspruches aber an den Inhaber der betreffenden Schuldverschreibung. Hiernach erscheint aber der Talon, obwohl er auf den Inhaber lautet, weder als Träger einer auf Aushändigung neuer Zinsscheine gerichteten, von der Hauptschuld abgelösten Obligation noch als ein zum Umlaufe bestimmtes Wertpapier, sondern lediglich als zu dem Zwecke ausgestellt, dem Inhaber der Hauptobligation die ihn gefährdende Vorlegung der Schuldverschreibung selbst zu ersparen. Er ist nur ein Legitimationspapier, dessen Bedeutung lediglich auf der vorläufigen Annahme beruht, daß sein Inhaber auch zugleich Inhaber

der Schuldverschreibung selbst oder doch von diesem zur Erhebung der Zinsbogen ermächtigt sei. Diese Annahme verleiht aber dem Talon keinen selbständigen Vermögenswert, weil der Inhaber der Hauptobligation mittelst deren Vorlegung jederzeit berechtigt ist, sie zu entkräften und die Zinscoupons seinerseits zu erheben, so daß der Talon sich nur als eine Pertinenz der Hauptobligation darstellt. Aus dem Mangel eines selbständigen Vermögens- und mithin auch Verkaufswertes des Talons folgt dann aber auch, daß der Gesetzgeber nicht daran gedacht haben kann, ihn als Gegenstand des Pfandrechts zu betrachten, da dessen wesentlichster Inhalt gerade in der Befugnis des Gläubigers besteht, sich durch den Verkauf des Pfandes Befriedigung zu verschaffen. Ohne zugleich Inhaber der Hauptobligation zu sein oder einen Anspruch auf dieselbe dem Inhaber gegenüber zu besitzen, würde der Inhaber solchen Talons auch nicht als redlicher Erwerber desselben betrachtet werden können. Die bloß faktische Möglichkeit, sich durch einen Verkauf des Talons oder durch die Erhebung neuer Zinscoupons auf Grund desselben einen Vermögensvorteil zu verschaffen, ist nicht geeignet, den rechtlichen Mangel eines selbständigen Verkaufswertes des Talons zu widerlegen.

Hat hiernach der Beklagte an den ihm zum Umtausche eingesandten (älteren) Talons ein Pfandrecht nicht erworben, so konnte er, da er dieselben unstreitig erst nach der Konkurseröffnung über das Vermögen der Einsender gegen Zinscoupons mit neuen Talons umgetauscht hat, ein Pfandrecht auch an diesen Zinscoupons schon nach §. 10 der zu der hier fraglichen Zeit noch maßgebenden preußischen Konkursordnung vom 8. Mai 1855 nicht erwerben, und war er auch abgesehen hiervon zu diesem Umtausche nach §. 199 A.L.R. I. 13 nach der Konkurseröffnung nicht mehr befugt, wie bereits der Appellationsrichter ausgeführt hat. Ob unter anderen Umständen der Beklagte an den Zinscoupons ein Pfandrecht hätte erwerben können, kann hiernach dahin gestellt bleiben. Nicht minder kann unerörtert gelassen werden, ob, abgesehen davon, daß die Talons als solche als ein geeigneter Gegenstand des Pfandrechtes nicht angesehen werden können, im übrigen die Voraussetzungen des Pfandrechtes mit dem Appellationsrichter als vorliegend anzunehmen sein würden."

## 45. Kommt die durch das Gesetz vom 11. Juni 1870 betreffend das Urheberrecht u. s. w. verlängerte Schutzfrist den Erben des vor dem 1. Januar 1871 verstorbenen Komponisten zu statten oder der Bühne, welcher dieser die öffentliche Aufführung des Werkes gegen Honorar erlaubt hatte?

II. Civilsenat. Urt. v. 8. März 1881 i. S. B. (Kl.) w. Hoftheater zu Darmstadt (Bekl.). Rep. II. 433/80.

I. Stadtgericht Darmstadt.
II. Oberlandesgericht daselbst.

In Übereinstimmung mit dem Reichsoberhandelsgericht[1] ist diese Frage zu Gunsten der Bühne entschieden worden. Das Nähere ergeben die

Gründe:

„Die angefochtene Entscheidung beruht wesentlich auf der Auslegung des Vertrages, dessen Abschluß durch den Brief des Komponisten Lortzing vom 28. Sept. 1840 eingeleitet und anfangs des Jahres 1842 zustande gekommen ist. Die Auslegung geht dahin, daß Lortzing, welcher in jenem Briefe keine Beschränkung beifügte, der zu jener Zeit zwischen den Theatern und den Urhebern dramatischer und dramatisch-musikalischer Werke allgemein bestandenen Übung folgend, gegen Zahlung eines einmaligen Honorars das Recht zur Aufführung der Oper: „Zar und Zimmermann" der Darmstädter Hofbühne für alle Zeiten gestattet habe. Gegenstand und Inhalt des Vertrages war demnach die von Lortzing unbeschränkt erteilte Erlaubnis zur Aufführung dieser Oper; die Beklagte wollte damit die Sicherung gegen jede Hinderung von seiten des Autors erwerben, und dieser hat ein für allemal auf die Geltendmachung aller ethischen oder rechtlichen Hindernisse gegen die Aufführung verzichtet.

Durch diese Auslegung hat das Oberlandesgericht — was zunächst zu prüfen — keine Normen über die Vertragsauslegung verletzt. Wenn insbesondere l. 9 §. 3 Dig. de edendo 2. 13. (vgl. Art. 1163 Code civ.); l. 5 Dig. eod.; l. 135 §. 4 Dig. de verb. oblig. 45. 1; l. 64. 114. Dig. de reg. jur. 50. 17 und l. 38 §. 18 Dig. de verb.

[1] Entsch. d. R.O.H.G.'s Bd. 10 S. 114, Bd. 12 S. 341, Bd. 15 S. 193, Bd. 23 S. 359 flg. u. 397.

oblig. 45. 1 als verletzt bezeichnet worden, so beruht dies auf einer Verwechslung des Falles, wenn der Rechtstitel, welchen derjenige, der ein Recht verleiht, zur Zeit der Verleihung hatte, in der Folge eine Änderung oder Erweiterung erfährt, mit dem anderen Falle, wenn derjenige, welcher über ein Recht einen Vertrag abgeschlossen hatte, später noch weitere Rechte erwirbt oder vom Bestehen noch weiterer Rechte Kenntnis erlangt, und es sich dann darum handelt, ob er sich auch dieser weiteren Rechte begeben habe.

Das entscheidende Moment bei dem Vertrage, wie ihn das Berufungsgericht auffaßt, ist nämlich nicht die Erklärung, auf künftig erst entstehende Rechte zum voraus zu verzichten, sondern der Wille, sich dem bestimmten Theater gegenüber sofort jeder Beziehung zum Werke, sofern es sich um das Verbot seiner Aufführung handelt, zu begeben, sodaß die aus der Erlaubnis hervorgehende Befugnis zur öffentlichen Aufführung des Werkes ein eigenes selbständiges Recht der kontrahierenden Bühne geworden ist. Allerdings sind damit auch solche Verbotsrechte aufgegeben worden, welche erst durch eine spätere Gesetzgebung dem Werke verliehen wurden. Allein dieses Aufgeben erscheint hiebei nur als eine notwendige Folge der gänzlichen Hingabe des Werkes zur Aufführung an die betreffende Bühne; die rechtlichen Wirkungen eines solchen Vertrages erstrecken sich nicht mehr und nicht weniger in die Zukunft als die Wirkungen einer jeden anderen gänzlichen, dauernden Aufgebung eines Rechtes. Die Beklagte beansprucht nicht die durch die neue Gesetzgebung dem Werke verliehenen Rechte, sondern sie verlangt nur, daß die Veränderung in der Gesetzgebung nicht dazu benutzt werde, um einseitig von dem früher abgeschlossenen Vertrage abzugehen, durch welchen das Recht zur öffentlichen Aufführung der Oper auf ihrer Bühne ihr Recht geworden und insofern aus der Rechts- und Verbietungssphäre des Urhebers ausgeschieden ist.

Für den Erwerber eines solchen Aufführungsrechtes beziehungsweise der gänzlichen Befreiung von jeder Hinderung ist es ganz gleichgültig, wie der Titel des Autors zur Zeit des Vertragsabschlusses beschaffen war. Hatte dieser damals gar kein auf einem Gesetze beruhendes Verbietungsrecht, wurde also die Erlaubnis zur öffentlichen Aufführung bei ihm nur eingeholt und honoriert aus Rücksicht auf den Anstand oder weil er etwa später ein Hinderungsrecht erlangen könnte, oder weil das Werk Manuskript und er durch Revers gegen dessen Verbrei-

tung gesichert war, oder hatte er ein gesetzlich sanktioniertes, jedoch zeitlich beschränktes Verbotsrecht, so hat er doch in allen diesen Fällen als Urheber seines Werkes dieses dergestalt zum Gegenstande des Vertrages gemacht, daß er dessen Aufführung als selbständiges Recht dem Theater überlassen, dieses ein für allemal gegen jedes Verbot, das von ihm ausgehen könnte, gesichert hat.

Bei dieser jedenfalls zulässigen Vertragsauslegung ist die Beklagte gegen die aus einem späteren Rechtstitel hergeleitete Hinderung der Aufführung in ähnlicher Weise durch eine exceptio doli geschützt, wie etwa derjenige, welcher eine Sache von jemandem erworben hat, der nicht Eigentümer derselben gewesen, gegen Ansprüche des Veräußernden geschützt ist, welche dieser darauf gründet, daß er später das volle Recht an der Sache erworben hat. S. l. 1 pr. §. 1; l. 2 Dig. de exc. rei vend. et trad. 21. 3; l. 4 §. 32 Dig. de doli m. exc. 44. 4; l. 72. Dig. de rei vind. 6. 1; l. 17. Dig. de evict. 21. 2; l. 49. Dig. mand. 17. 1. Vgl. auch l. 11. Dig. de serv. praed. rust. 8. 3.

Die Vertragsauslegung widerspricht auch nicht dem §. 58 des Reichsges. v. 11. Juni 1870, denn, wenn das neue Gesetz, obgleich es auf alle bereits erschienenen Werke Anwendung finden soll, dennoch die weitere Verbreitung bereits hergestellter Exemplare, welche eigentlich als Nachdruck behandelt werden müßten, und die fernere Benutzung bisher rechtmäßig angefertigter Vorrichtungen ausdrücklich gestattet, so muß als Wille des Gesetzgebers, welcher rechtmäßig geschaffene Thatsachen schützt, angenommen werden, daß noch vielmehr bereits abgeschlossene Verträge ihre fortdauernde Wirkung haben sollen. Würde man dies nicht anerkennen, so gelangte man zu der dem Gesetze sicher nicht entsprechenden Folgerung, daß der Autor eines schutzlosen Werkes, welcher kurz vor dem Inkrafttreten des Ges. v. 11. Juni 1870 dessen Aufführung gestattet hatte, sofort das Verbietungsrecht ausüben und damit die betreffende Bühne nicht nur um das bezahlte Honorar, sondern auch um den unter Umständen sehr großen Aufwand für die Inscenierung des Werkes schädigen könnte.

Stehen nach dem Ausgeführten der Auslegung des Vertrages, wie solche vom Berufungsgerichte geschehen ist, keine Gesetze über die Auslegung entgegen, so ist weiter zu prüfen, ob die mit dem festgestellten Vertragswillen verknüpften rechtlichen Folgerungen gegen Rechtsnormen verstoßen.

Wenn nun in der mündlichen Verhandlung gerügt wurde, es fehle die Feststellung, daß die Voraussetzungen vorhanden waren, unter welchen nach dem Bundesbeschlusse vom 22. April 1841 die Oper gegen öffentliche Aufführung geschützt war, und ohne ein Schutzrecht des Autors sei der Vertrag ohne Ursache, also ungültig gewesen, so erscheint dieser Einwand unbegründet, weil abgesehen davon, daß das rechtskräftig gewordene Interlocut vom 28. April 1877 hervorhebt, der Kläger gehe selbst davon aus, daß Lortzing bereits geschützt gewesen sei, der Vertrag, auch wenn dies nicht der Fall gewesen sein würde, dennoch nicht ungültig wäre. Wird die Aufführungsbefugnis eines zur Zeit schutzlosen Werkes übertragen, so handeln im Zweifel die Kontrahenten in der Überzeugung, daß eine ungerechtfertigte Aufführung, wenngleich rechtlich nicht verboten, doch unanständig und unsittlich sei. Dieses ethische Moment ist aber eine vollkommen geeignete Grundlage des Vertrages. Es kann auch das rechtliche obgewaltet haben, daß dem Autor die thatsächliche Verfügung über Buch und Partitur zustand und er sich durch Reverse gegen die Verbreitung gesichert hatte. Mit dem eintretenden Schutzrechte aber erlangte der Vertrag auch rechtliche Bedeutung, und ist es verfehlt, hiegegen die l. 137 §. 6 Dig. de verb. oblig. 45. 1 anzuführen; denn diese Stelle behandelt die der gegenwärtigen Entscheidung völlig fremde Frage, ob, wenn einem Versprechen eine zur Zeit, da es gegeben wird, unmögliche Bedingung beigefügt worden ist, der Wille des Promittenten dennoch deshalb als ein rechtlicher behandelt werden könne, weil das dermalen Unerlaubte später erlaubt sein kann.

Wesentlich verschieden von dieser Frage — welche übrigens die Römer nicht durchweg verneinen — vgl. l. 58. 59. §§. 1. 2. Dig. de condict. 35. 1 — ist aber die hier in Betracht kommende, ob über ein künftig zu erwerbendes Recht oder über eine künftig zu erwerbende Sache verfügt werden dürfe. Diese Frage, bei welcher die Gewißheit des Willens zu versprechen besteht, ist aber — vgl. l. 8 pr. Dig. de contrah. emt. 18. 1; l. 11 §. 11; l. 12 Dig. de act. emti vend. 19. 1 — zu bejahen.

Auch der Einwand erscheint unbegründet, daß allgemeine Verzichte auf alle und jede Rechte unstatthaft seien; denn es handelt sich gar nicht um einen Verzicht im eigentlichen Sinne, sondern nur um den in der Gestattung der Verfügung über die Oper durch öffentliche Aufführung enthaltenen Verzicht auf das Verbot dieser Aufführung; die Er-

laubnis ist auch keine unbestimmte, allgemeine, sondern besteht in der Hingabe des Werkes an diese Bühne zum Zwecke der beliebigen Aufführung.

Hiernach würde Lortzing, wenn er noch am Leben wäre, nicht berechtigt sein, wegen der veränderten Gesetzgebung von dem einmal abgeschlossenen Vertrage abzugehen; aber auch seinen Erben steht eine solche Befugnis nicht zu. Es kann auch betreffs dieser Frage dahingestellt bleiben, ob sie nicht bereits durch das gedachte Interlocut vom 28. April 1877 rechtskräftig gegen den Kläger entschieden sei, denn auch bei nochmaliger Prüfung derselben muß verneint werden, daß es sich um eigene Rechte der Erben und nicht um Rechte der Erben als solcher handle. — Dies ergiebt sich aus dem Gesetze, ohne daß es nötig wäre, irgend eine Fiktion, sei es die des früheren Inkrafttretens des Gesetzes, sei es die des späteren Erscheinens des Werkes oder die einer Wiedereinsetzung in den früheren Stand zur Hilfe zu nehmen. Das Gesetz vom 11. Juni 1870 kennt nämlich (vgl. §§. 1. 3. 8. 50) nur Rechte des Urhebers und der Erben, auf welche sie übergehen, sowie derjenigen, auf welche diese Rechte durch Vertrag oder Verfügung von Todes wegen übertragen worden sind; es kennt keine Rechte bestimmter Personen, wie beispielsweise das französische Gesetz vom 3. August 1844 von der Witwe und den Kindern spricht.

So ist unzweifelhaft die rechtliche Lage, wenn der Autor zur Zeit des Inkrafttretens des Ges. v. 11. Juni 1870 noch am Leben war. Daß für den anderen Fall, wenn der Urheber eines vor dem 1. Januar 1871 erschienenen Werkes an diesem Tage bereits gestorben war, ein anderes, principiell wesentlich verschiedenes System gelten solle, ist im Gesetze nicht nur nicht gesagt, sondern es folgt das Gegenteil aus dem bestimmten Ausspruche im §. 57, daß das Gesetz mit dem 1. Januar 1871 in Kraft trete, und im §. 58, daß das gegenwärtige Gesetz auf die früher erschienenen Schriftwerke — musikalischen Kompositionen und dramatischen Werke — Anwendung finde selbst dann, wenn dieselben nach den bisherigen Landesgesetzgebungen keinen Schutz gegen Nachdruck, Nachbildung oder öffentliche Aufführung genossen haben. Der Gesetzgeber verleiht damit, und zwar in Übereinstimmung mit allgemeinen Rechtsprincipien, dem Gedanken Ausdruck, daß, soweit nicht durch bereits abgeschlossene privatrechtliche Akte wohlerworbene Rechte geschaffen worden sind, der aus einem bestimmten Gesetze hervorgehende autorrechtliche Schutz an sich mehr nicht als eine rechtliche Erwartung

oder Möglichkeit sei, mithin die durch ein späteres Gesetz eingeführte Ausdehnung oder Beschränkung dieser Rechte alle vorhandenen Werke erfassen könne, ohne daß das Gesetz zurückwirke; dabei werden jedoch noch, wie bereits hervorgehoben, auch rechtmäßig geschaffene thatsächliche Verhältnisse geschützt. Während diese klare Vorschrift der §§. 57 und 58 Abs. 1 keinerlei Anlaß zu Bedenken für die Fälle bietet, wenn am 1. Januar 1871 der Urheber des bereits erschienenen Werkes noch gelebt hat, oder, wenn er zwar gestorben, jedoch die ursprüngliche Schutzfrist noch nicht abgelaufen war, kann allerdings in den Fällen, wenn das Werk bisher überhaupt nicht schutzberechtigt, oder, wenn die landesgesetzliche Schutzfrist vor dem 1. Januar 1871 schon abgelaufen war, der Einwand erhoben werden, daß danach die Erben als solche Rechtsansprüche erlangen würden, welche dem Erblasser selbst gar nicht zugestanden haben. Dieser Einwand ist jedoch nicht geeignet, die Annahme eigener Rechte der Erben für die gedachten Fälle zu rechtfertigen. Selbst, wenn für die eigenartige Konstruktion von Rechten der Erben als solcher, welche der Erblasser selbst nicht hatte, kein weiterer Grund vorläge, so müßte diese Besonderheit gleichwohl als eine unabweisbare Folge aus dem bestimmten Ausdrucke der §§. 57 und 58 a. a. O. und dem Systeme des Gesetzes anerkannt werden; allein es kommt noch in Betracht, daß §. 58 das Gesetz für anwendbar erklärt „auf die Werke", und daß die Erben die mit dem Werke verknüpften Rechte nur aus der Person des Urhebers und nur aus ihrer Eigenschaft als Erben herleiten können.

Wie demnach zum Nachlasse des Autors berufene Verwandte desselben aus dem seinen Werken verliehenen Schutzrechte keinen Vorteil ziehen, wenn sie auf die Erbschaft verzichten, so können auch die wirklichen Erben nur insoweit die in Frage stehenden Ansprüche geltend machen, als nicht der Erblasser bereits bindend darüber verfügt hat, und da, wie ausgeführt, dies im vorliegenden Falle seitens des Lortzing zu Gunsten der Beklagten geschehen ist, so mußte auch in dieser Richtung die Revision für ungegründet erachtet werden." [1]

[1] In gleicher Weise ist durch Urteil von nämlichen Tage i. S. Spohrs Erben gegen dieselbe Beklagte entschieden worden. Spohr hatte die Aufführung seiner Oper „Jessonda" im Jahre 1830, also zu einer Zeit gestattet, zu welcher kein gesetzlicher Schutz bestand.

## 46. Kann derjenige, welcher nicht voll eingezahlte Aktien einer Kommanditgesellschaft auf Aktien verkauft und später den Restbetrag in die Gesellschaftskasse einzahlt, Ersatz dieser Einzahlung von seinem Käufer verlangen?

I. Civilsenat. Urt. v. 5. März 1881 i. S. P. (Bekl.) w. Z. (Kl.) Rep. I. 511/81.

I. Landgericht Landsberg a. W.
II. Kammergericht Berlin.

Frau Z. hat dem P. acht Aktien der Niederlausitzer Kreditgesellschaft von Z. & C., einer Kommanditgesellschaft auf Aktien, à 200 Thlr. Nominalbetrag, auf welche sie nur je 50 Thlr. eingezahlt hatte, im Jahr 1872 verkauft und auf ihn giriert. P. wurde als Giratar dieser Aktien ins Aktienbuch der Gesellschaft eingetragen, deren Aufsichtsrate er in den Jahren 1871 bis 1873 angehörte. Im Jahr 1876 wurde über das Vermögen der Gesellschaft der Konkurs eröffnet, und das Konkursgericht forderte sowohl die Z. als den P. zur Einzahlung der auf jede Aktie rückständigen 150 Thlr. auf. Die Z. zahlte, nachdem sie ihrerseits den P. zur Zahlung aufgefordert hatte, auf Klage des Verwalters der Gesellschaftskonkursmasse den Restbetrag mit Zinsen, zusammen 4040 M. ein. In der vorliegenden Klage verlangt sie vom P. Erstattung dieses Betrages mit Zinsen von der Klagebehändigung an. Der Beklagte bestreitet seine Verpflichtung hierzu, da die Klägerin die Aktien nicht, wie sie behauptet, schriftlich gezeichnet habe, eine Verpflichtung zur Vollzahlung daher für niemanden entstanden sei. Nachdem über die Behauptung der schriftlichen Aktienzeichnung Beweis erhoben worden war, erkannte der erste Richter auf einen Eid der Klägerin über diese behauptete Thatsache, verurteilte im Schwörungsfalle den Beklagten nach dem Klagantrag und wies andernfalls die Klage ab.

Beide Teile legten Berufung ein. Die Klägerin behauptete noch, die Eintragung des Beklagten ins Aktienbuch sei auf seinen Antrag erfolgt, was der Beklagte bestritt. Der zweite Richter wies die Berufung des Beklagten zurück und verurteilte auf Berufung der Klägerin den Beklagten pure nach dem Klagantrage.

Die gegen dieses Urteil vom Beklagten eingelegte Revision wurde vom Reichsgericht zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

„Sind bei einer Aktiengesellschaft Inhaberaktien ausgegeben, so begründet der Besitz einer Aktie die Aktionäreigenschaft. Sind Namensaktien ausgegeben, so ist für die Eigenschaft als aktueller Aktionär der Besitz der Aktie gleichgültig. Aktionär ist der als solcher ins Aktienbuch der Gesellschaft eingetragene; der rechtmäßige Besitz der Aktie giebt nur ein Recht auf Eintragung. Verlangt der Erwerber einer Namensaktie die Eintragung ins Aktienbuch, so erklärt er, als Aktionär in die Gesellschaft treten zu wollen. Allerdings erklärt er, an Stelle desjenigen, auf dessen Namen die von ihm vorgelegte Aktie eingetragen ist, eintreten zu wollen; allein daraus folgt nicht, daß er in das konkrete Rechtsverhältnis eintritt, in welchem der bisher Eingetragene zur Gesellschaft stand. Hatte dieser z. B. besondere Verpflichtungen der Gesellschaft gegenüber übernommen, oder war die Eintragung ohne seinen Antrag erfolgt, sodaß er dieselbe hätte anfechten können, so kann hieraus dem auf Grund der Übertragung der Aktien Eingetragenen weder eine Verpflichtung noch ein Recht erwachsen. Seine Eintragung erfolgt auf Grund des Statuts. Durch sie wird zwischen ihm und der Gesellschaft ein Vertrag abgeschlossen, für welchen nur das Statut, aber auch dieses im vollen Umfang maßgebend ist. Er wird Aktionär aus eigenem Rechte. Dieser Auffassung entspricht auch die Indossabilität der Namensaktien, vermöge deren es möglich ist, eine Aktie durch die Hände verschiedener Personen gehen zu lassen, ohne daß der spätere Inhaber Rechtsnachfolger des früheren wird, ja ohne daß (beim Blankoindossament) erkennbar wird und bleibt, wer die Aktie inne gehabt.

Für die Kommanditgesellschaft auf Aktien, bei welcher nur Namensaktien vorkommen, gelten dieselben Grundsätze. Wer auf seinen Antrag auf Grund einer vorgelegten Aktie ins Aktienbuch eingetragen wird, ist Kommanditistaktionär mit den einem solchen nach dem Statut zukommenden Rechten und obliegenden Pflichten. Er ist namentlich auch verpflichtet, die statutarischen Einschüsse zu leisten. Dies ist auch in §. 11 des Statuts der Niederlausitzer Kreditgesellschaft von Z. & K. bestimmt.

Hiernach ist die Hauptargumentation des Kammergerichts, welches die Frage nach der Rechtswirksamkeit des zwischen der Klägerin und der Gesellschaft Z. & C. abgeschlossenen „Urvertrags" absichtlich unerörtert läßt und lediglich aus der Eintragung ins Aktienbuch die Verpflich-

tung des Beklagten zur Vollzahlung der Aktien herleitet, eine völlig richtige.

Dasselbe gilt aber auch von der weiteren Deduktion des vorigen Richters. Ist, wie dies geschehen, thatsächlich festgestellt, daß der Beklagte von seiner Eintragung ins Aktienbuch Kenntnis gehabt und, trotz seiner Stellung als Aufsichtsratsmitglied, gegen die Eintragung nicht protestiert hat, so ist als prima facie bewiesen anzunehmen, daß die Eintragung ordnungsmäßig, das heißt auf Antrag des Beklagten erfolgt sei.

War nun aber der Beklagte durch seinen Eintritt in die Gesellschaft zur Vollzahlung der Aktien verpflichtet, so ist darin, daß die Klägerin diese Zahlung geleistet, eine Verwendung in den Nutzen des Beklagten zu finden, zu deren Erstattung der Beklagte nach §§. 262. 268. 269 A.L.R. I. 13 verpflichtet ist.

Zwar macht der Revisionskläger gegen die Zulässigkeit der Annahme einer nützlichen Verwendung geltend, die Klägerin habe durch die Vollzahlung eine ihr selbst obliegende Schuld getilgt, für die Erstattungsfrage sei daher nur der zwischen den Parteien abgeschlossene Kaufvertrag maßgebend. Allein der Beklagte hat von Anfang an bestritten, daß die Klägerin die fraglichen Aktien schriftlich gezeichnet habe, und hat hierauf gerade seine Verteidigung gegründet, indem er daraus ableitete, die Klägerin sei zur Vollzahlung der Aktien nicht verpflichtet gewesen, sie könne daher auch nicht von ihm auf Grund des Kaufvertrages Ersatz fordern. Der Beklagte kann daher nunmehr nicht auf die von ihm bestrittene Behauptung der Klägerin zurückkommen, um dieselbe zu seinen Gunsten zu verwerten."

---

**47. 1. Setzt die Klage wegen unbefugten Gebrauches einer Firma notwendig entweder eine Verletzung des Vermögens des Klägers oder seines Rechtes auf den unbefugtermaßen gebrauchten Namen voraus? Kann der auf einen Apparat zur Entfernung des Nikotins aus dem Tabake patentierte Inhaber einer Fabrik zur Herstellung nikotinfreier Tabake beanspruchen, daß ein anderer Inhaber einer solchen Fabrik, welcher auf ein Verfahren zu diesem Zwecke patentiert ist, nicht eine Firma führt, in welcher er seine Fabrik als die „ein-**

**zige" bezeichnet? Enthält auch die Etikettierung der Fabrikate mit dieser Firma eine Verletzung des Firmenrechtes?**
H.G.B. Artt. 15. 16 u. 27. Patentgesetz v. 25. Mai 1877 §. 4.
**2. Überhebt der Art. 27 Abs. 2 H.G.B. den Kläger jeder Substanziierung seines Schadens?**

I. Civilsenat. Urt. v. 2. März 1881 i. S. W. (Kl.) w. K. & Comp. (Bekl.) Rep. I. 506/81.

I. Landgericht (Kammer für Handelssachen) Bremen.
II. Oberlandesgericht Hamburg.

Aus den Gründen:

„Die Begründung der Revision anlangend, fordert Kläger nur die Unterlassung der weiteren Führung der von der beklagtischen Gesellschaft geführten Firma und Ersatz des ihm durch den Gebrauch dieser Firma erwachsenen Schadens. Die Firma ist aber der Name, unter welchem ein Kaufmann (resp. eine Handelsgesellschaft) seine Geschäfte betreibt und die Unterschrift abgiebt (vgl. Art. 15 H.G.B.). Die Bezeichnung von Waren mit der Firma desjenigen, welcher sie verfertigt oder umsetzt, fällt daher nicht unter den Gebrauch der Firma (vgl. Protokolle zum Handelsgesetzbuch S. 925 und Entsch. des R.O.H.G.'s Bd. 4 S. 132, Bd. 4 S. 257 und 258 und Bd. 6 S. 249), und mit Recht hat deshalb der Berufungsrichter bei Prüfung der Frage, ob der Klaganspruch begründet sei, die Etikettierung der beklagtischen Fabrikate mit der Firma der Beklagten für unerheblich erachtet.

Nach dem hiernach maßgebenden Art. 27 H.G.B. kann nun den Unberechtigten auf Unterlassung der weiteren Führung der Firma und auf Schadensersatz belangen:

wer durch den unbefugten Gebrauch einer Firma in seinen Rechten verletzt ist.

Dieses Klagerecht ist also an zwei Voraussetzungen geknüpft — die Nichtbefugnis des Beklagten zum Gebrauche der Firma einerseits und eine dadurch begangene Verletzung von Rechten, welche dem Kläger zustehen, andererseits. Das erkennt freilich auch der Berufungsrichter an. Er giebt aber, wie Kläger mit Recht geltend macht, dem Art. 27 a. a. O. irrtümlich eine zu enge Auslegung, wenn er

hinzufügt, daß derselbe eine Rechtsverletzung voraussetze, welche, wenn sie nicht in einer Schädigung des Vermögens des Klägers mittels Täuschung besteht, nur in der Verletzung des Rechtes auf den unbefugtermaßen gebrauchten Namen bestehen könne; denn bei der ganz allgemeinen Fassung des Gesetzes ist auch die Verletzung jedes anderweitigen Rechtes des Klägers durch den unbefugten Gebrauch einer Firma als durch Art. 27 H.G.B. geschützt anzusehen.

Im vorliegenden Falle handelt es sich nun nach der prozessualen Sachlage lediglich um die Frage, ob der Kläger zu verlangen berechtigt ist, daß aus der von der beklagten offenen Handelsgesellschaft geführten Firma

„Einzige Fabrik nikotinfreier Tabake, Patent, Dr. R. Kißling & Co,“

das Wort „einzige“ gestrichen werde.

Daß dieser Zusatz zunächst unbefugt ist, unterliegt keinem Bedenken. Denn die Bestimmung des Art. 16 Abs. 2 H.G.B., nach welcher ein Kaufmann der Firma keinen Zusatz beifügen darf, welcher ein Gesellschaftsverhältnis andeutet, andere Zusätze dagegen nur gestattet sind, wenn sie zur näheren Bezeichnung der Person oder des Geschäftes dienen, ist nach Art. 5 H.G.B. in ihrem zweiten Teile auch auf die Firmen von Handelsgesellschaften anzuwenden (vgl. Anschütz und v. Völderndorff Bd. I S. 154 Nr. 3), und durch das Wort „einzige“ wird offenbar weder die Person der Inhaber noch das Geschäft näher bezeichnet, sondern nur eine auf die Heranziehung von Kunden für den Absatz der Fabrikate der Beklagten berechnete Reklame beabsichtigt. Außerdem ist dieser Zusatz unzulässig, weil er, zumal in Verbindung mit dem in der Firma ferner enthaltenen Zusatze „Patent“ geeignet ist, das Publikum glauben zu machen, die Beklagte sei rechtlich allein in der Lage, nikotinfreie Tabake herzustellen und zu verkaufen. Ob das Handelsgericht solche Zusätze bei Anmeldung der Firma von Amts wegen zurückweisen darf (vgl. v. Hahn, 3. Aufl. zu Art. 16 §. 8), kann hier dahingestellt bleiben, da jedenfalls Dritte eine in solchen Zusätzen liegende Rechtsverletzung geltend machen können.

Was nun die Frage betrifft, ob ein Recht des Klägers durch den Zusatz „einzige“ verletzt ist, so kann davon abgesehen werden, ob dies schon dann angenommen werden könnte, wenn nur feststände, daß auch er (wenngleich an einem anderen Orte) thatsächlich eine Fabrik zur Herstellung nikotinfreier Tabake betreibt. Denn es kommt hier

hinzu, daß auch dem Kläger — und zwar schon vor Errichtung der beklagtischen Gesellschaft ein Patent auf einen Apparat zur Entfernung des Nikotins aus dem Tabak erteilt ist. Hierdurch steht ihm aber nach §. 4 des Patentgesetzes vom 25. Mai 1877 nicht nur die Befugnis zur ausschließlichen Herstellung und Feilhaltung dieses Apparates zu, sondern das Patent hat außerdem auch die Wirkung, daß niemand befugt ist, ohne Erlaubnis des Klägers den ihm patentierten Apparat zu gebrauchen, daß also der Kläger ausschließlich berechtigt ist, denselben zur Herstellung und zum Verkaufe nikotinfreier Tabake gewerbsmäßig zu verwerten. Diesem ausschließlichen gewerblichen Rechte des Klägers auf Benutzung des ihm erteilten Patentes widerspricht es nun aber, wenn die Beklagte auf Grund desjenigen Patentes, welches sie auszubeuten berechtigt ist, sich in ihrer Firma als die „einzige" Fabrik nikotinfreier Tabake bezeichnet und sich dadurch dem Publikum gegenüber den Anschein giebt, als besitze sie allein ein Patent, durch welches sie zur Herstellung des betreffenden Fabrikates berechtigt und imstande sei. Die Argumentation des Berufungsrichters, daß nach dem Patentgesetze nicht die Befugnis, das Nikotin aus dem Tabake herauszuziehen, sondern nur die Erfindung eines bestimmten Verfahrens zu diesem Zwecke Gegenstand eines Patentes sein und die Anwendung eines solchen patentierten Verfahrens seitens einer Fabrik mithin rechtlich nicht die Folge haben, noch die Ansicht begründen könne, ein anderweites Verfahren zur Erzielung desselben Resultates sei ausgeschlossen, daß daher der Zusatz „einzige" nur eine faktische (nicht eine rechtliche) Ausschließlichkeit bezeichnen könne, ist unzutreffend. Denn auch die unwahre faktische Angabe, daß die Beklagte die einzige patentierte Fabrik dieser Art sei, enthält eine Verletzung des klägerischen Rechts, kraft dessen dieser auf Grund seines Patentes von der Beklagten verlangen kann, daß sie sich in ihrer Firma als die allein patentberechtigte Fabrik bezeichne.

Da auch das Patent des Klägers diesem das ausschließliche Recht verleiht, den Gegenstand seiner Erfindung zur Herstellung und Verwertung des mittels des ihm patentierten Apparates zu erzielenden Fabrikates zu verwenden, so ist es unerheblich, daß das Patent des Klägers auf einen Apparat lautet, sollte die Beklagte auch die „einzige" Inhaberin eines Patentes auf ein Verfahren zur Herstellung nikotinfreier Tabake sein. Endlich kann die Beklagte sich auch nicht

darauf berufen, daß ihr Fabrikat in höherem Grade nikotinfrei sei als dasjenige des Klägers, da es hier nicht darauf ankommt, ob der dem Kläger patentierte Apparat zu dem damit bezweckten Verfahren in Wirklichkeit geeignet ist, und ob Kläger ihn behufs Herstellung seiner Fabrikate gehörig anwendet, sondern nur darauf, daß der Kläger thatsächlich eine Fabrik zur Herstellung nikotinfreier Tabake betreibt, und daß er auf einen hierzu angewendeten Apparat patentiert ist.

Die Revision erscheint hiernach als begründet. Das angefochtene Urteil des Berufungsrichters ist daher aufzuheben und, da die Sache zur Endentscheidung reif ist, das Erkenntnis erster Instanz insoweit wieder herzustellen, als durch dasselbe den Inhabern der beklagten Firma untersagt ist, sich in der Firma ferner des Ausdruckes „einzige" zu bedienen, als ihnen auferlegt ist, die behufs dieser Veränderung erforderliche Anzeige zum Handelsregister zu machen, sie ferner schuldig erkannt sind, dem Kläger den ihm aus dem unbefugten Gebrauche der bisher geführten Firma erwachsenen Schaden zu ersetzen, und dem nach Art. 27 Abs. 3 H.G.B. zulässigen Antrage gemäß die Veröffentlichung des Erkenntnisses auf Kosten der Beklagten angeordnet ist.

Dagegen kann dem ersten Richter allerdings darin nicht beigetreten werden, daß er unter Nr. 2 nicht bloß die Verpflichtung der Beklagten zum Schadensersatze festgestellt, sondern zugleich ein weiteres Verfahren und eine Entscheidung über die Höhe des Schadens vorbehalten und folgeweise die Entscheidung über die Kosten erster Instanz noch ausgesetzt hat. Denn ein solcher Vorbehalt der Entscheidung würde, ungeachtet der Bestimmung im Art. 27 Abs. 2 H.G.B., daß auch über die Höhe des Schadens das Gericht nach freiem Ermessen zu erkennen hat, nur zulässig gewesen sein, wenn Kläger schon jetzt seinen Schaden durch Angabe der in Betracht kommenden thatsächlichen Verhältnisse und Umstände wenigstens insoweit substanziiert hätte, um den Richtern für ihre freie Beweiswürdigung die notwendigen Anhaltspunkte zu geben. Vgl. v. Hahn, Kommentar §. 3 zu Art. 27 H.G.B. Kläger hat es aber in dieser Beziehung an jeder Begründung fehlen lassen. Es erscheint daher nur die Klage auf Feststellung der Schadensersatzpflicht als begründet und ist mithin schon jetzt definitiv zu erkennen, sodaß Kläger den Betrag des Schadens in einem selbständigen neuen Verfahren wird geltend zu machen haben."

# II. Gemeines Recht.

## 48. Inwiefern ist das Paulianische Rechtsmittel gegenüber von Pfandbestellungen statthaft?

III. Civilsenat. Urt. v. 5. November 1880 i. S. Pf. (Kl.) w. B. (Bekl.) Rep. III. 137/80.

I. Amtsgericht St. Goarshausen.
II. Oberlandesgericht Frankfurt a. M.

Aus den Gründen:

„Die Quellen des römischen Rechts enthalten eine ausdrückliche Entscheidung der Frage nicht, ob und inwiefern eine Pfandbestellung durch das Paulianische Rechtsmittel anfechtbar sei, wenn der Pfanderwerber die fraudulöse Absicht des Pfandbestellers nicht gekannt hat. Mit Recht geht deshalb die gemeinrechtliche Doktrin davon aus, daß die Beantwortung der Frage aus den allgemeinen Grundsätzen, auf welchen das Paulianische Rechtsmittel beruht, zu entnehmen sei. Die Anwendung dieser allgemeinen Grundsätze darf aber nicht dahin führen, daß nach dem Vorgange von Franke, Archiv Bd. 16 S. 259—262, Pfandbestellungen für ein sogenanntes vetus creditum, welche ohne die conscientia fraudis des Pfanderwerbers erfolgen, für unanfechtbar erklärt werden, weil nur die eigentlichen Schenkungen auch ohne diese Mitwissenschaft der Paulianischen Klage anheimfallen.

Denn die in l. 6 §. 11 Dig. quae in fraudem 42. 8 für Schenkungen statuierte Ausnahme beschränkt sich ihrem inneren Grunde nach nicht auf die eigentlichen Schenkungen (Savigny, System Bd. 4 §. 142), sie muß auch auf anderweitige Liberalitätsakte ausgedehnt werden. Die Klage hat

in solchen Ausnahmefällen nur die noch vorhandene Bereicherung zum Gegenstande, und in dieser Beschränkung findet sie ihre Rechtfertigung in der Unbilligkeit, welche darin liegt, daß der Beklagte das, was er durch eine fraus, wenn auch ohne eigene Beteiligung an derselben, gewonnen hat, den durch sie verletzten Gläubigern vorenthalten will (vgl. das angef. Gesetz). Und in dieser Beziehung kann es offenbar keinen Unterschied machen, ob eine eigentliche Schenkung oder ein anderer Liberalitätsakt zur Benachteiligung von Gläubigern vollzogen worden ist. (Vgl. übrigens auch l. 5 Cod. de revocandis his quae in fraudem creditorum alienata sunt 7. 75.)

Pfandbestellungen haben nun zwar das Eigentümliche, daß ihre Anfechtbarkeit beruht in der unzulässigen Bevorzugung eines Gläubigers vor den anderen. Aber die auch zur Anfechtung dieser fraudulösen Rechtsgeschäfte gegebene Paulianische Klage ist an keine anderen Voraussetzungen gebunden, als welche im allgemeinen für dies Rechtsmittel erforderlich sind. Und es fehlt nicht bloß an äußeren, sondern auch an zureichenden inneren Gründen, um nicht auch hier zu unterscheiden zwischen Rechtsgeschäften, welche auf oneroſem oder auf lukrativem Rechtstitel beruhen, und nur für erstere eine Teilnahme an der fraudulösen Absicht des Pfandbestellers zu erfordern.

Von vorstehenden rechtlichen Gesichtspunkten aus kann die erhobene Nichtigkeitsbeschwerde nicht für begründet erachtet werden. Sie sucht freilich auszuführen, der Umstand, daß die Forderung der Klägerin zur Zeit der Pfandbestellung fällig war und die letztere auf Zahlung oder Pfandbestellung drang, schließe die Annahme einer Liberalität rechtsgrundsätzlich aus, außerdem liege auch in der Fristgewinnung, welche der Schuldner durch die Sicherstellung erlange, die Gegenleistung des Gläubigers, der Appellationsrichter habe also rechtsirrtümlich entschieden, indem er dessenungeachtet die angefochtene Pfandbestellung als eine solche angesehen, welche auch ohne Mitwissenschaft der Klägerin von der fraudulösen Absicht ihres Schuldners dem Paulianischen Rechtsmittel unterliege.

Die Frage aber, ob nach den konkreten Verhältnissen des einzelnen Falles in der Pfandbestellung ein oneroſes oder ein freigebiges Rechtsgeschäft zu erblicken ist, gehört dem der Nichtigkeitsbeschwerde verschlossenen thatsächlichen Gebiete an. Zwar haben Doktrin und Praxis (vgl. Seuffert, Pandekten §. 670 Note 23; Windscheid, Pandekten

§. 463 Note 33; Seuffert, Archiv Bd. 21 Nr. 187, Bd. 22 Nr. 286) sich mit der Frage beschäftigt, in welchen Fällen Pfandbestellungen als onerose nicht ohne conscientia fraudis anfechtbare Rechtsgeschäfte aufzufassen seien. Aber so richtig auch die Betrachtungen, von denen sie ausgehen, im allgemeinen erscheinen mögen, die Aufstellungen, zu denen sie gelangen, dürfen doch sicherlich nicht als Rechtsregeln behandelt werden, welche für den einzelnen Fall ohne Berücksichtigung der konkreten Sachlage entscheidend werden müßten.

Namentlich gilt dies auch von dem Falle, wenn die fraudulöse Pfandbestellung erfolgt für eine fällige Schuld auf Andrängen des Gläubigers unter Bewilligung einer Zahlungsfrist. So lange der Gläubiger noch Aussicht hat, durch Klagerhebung zur Befriedigung zu gelangen, bringt derselbe allerdings mit der Umwandlung der fälligen Forderung in eine betagte ein Opfer, welches unter Umständen für den Schuldner eine Gegenleistung von erheblichem Werte bilden kann. Aber ausgeschlossen ist es keineswegs, daß im einzelnen Falle die Verhältnisse umgekehrt so liegen, daß die Gewährung einer Zahlungsfrist für beide Teile ganz gleichgültig ist, ihr Interesse gar nicht berührt und daher die ohne rechtliche Verpflichtung erfolgte Pfandbestellung dem Gläubiger unentgeltlich den Gewinn zuführt, den er durch die fraudulöse Bevorzugung vor anderen Gläubigern erlangt." . . .

---

## 49. Hat der Anlieger eines Gemeindeweges wegen der Aufhebung desselben eine Klage gegen die Gemeinde?[1]

III. Civilsenat. Urt. v. 16. November 1880 i. S. Sch. (Bekl.) w. K. (Kl.) Rep. III. 635/80.

I. Landgericht Kiel.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Der Beklagte ist Eigentümer eines an der Fleckenstraße in Kiel belegenen, mit zwei Häusern bebauten Grundstückes. Seitens der Stadtgemeinde wurde beschlossen, diese Straße von ihrer Einmündung in

[1] Vgl. Seuffert, Arch. Bd. 17 Nr. 121; Bd. 29 Nr. 243, 244; Bd. 30 Nr. 150; Bd. 31 Nr. 41; Bd. 34 Nr. 306. D. E.

die Br. Straße bis an das Grundstück des Beklagten aufzuheben und das Areal der Universität zu einer Vergrößerung ihrer Baulichkeiten zu überlassen. Der Beklagte erklärte hierauf, daß er, als Anlieger, der Stadt das Recht zur Aufhebung dieser Straßenstrecke bestreite und eventuell von ihr Ersatz des ihm durch die Beschränkung der Zuwegung seines Grundstückes verursachten bedeutenden Schadens beanspruche. Auf die alsdann gemäß §. 230 C.P.O. von der Stadtgemeinde gegen ihn und widerklagend von ihm angestellte Feststellungsklage wurde in zweiter Instanz erkannt, daß Beklagter nicht berechtigt sei, der Einziehung und Veräußerung der fraglichen Straßenstrecke zu widersprechen oder deshalb Schadensersatz zu verlangen. Die vom Beklagten eingelegte Revision wurde aus folgenden

Gründen

zurückgewiesen:

„Zunächst ist gegenüber den allgemeinen Erwägungen, durch welche der Beklagte seinen Anspruch zu rechtfertigen versucht, darauf hinzuweisen, daß ihm durch die Aufrechterhaltung des angefochtenen Erkenntnisses keineswegs jeder Schutz für sein Interesse an der Erhaltung der bisherigen Straße abgesprochen wird. Die Organe der klagenden Stadtgemeinde waren öffentlich-rechtlich verpflichtet, bei ihrer Beschlußfassung über die teilweise Einziehung der fraglichen Straße alle einschlagenden Interessen in billig abwägende Berücksichtigung zu ziehen, und wenn der Beklagte sich durch eine hierbei stattgefundene ungebührliche Außerachtlassung seines Anliegerinteresses verletzt finden konnte, so stand ihm zur Wahrung desselben im Verwaltungswege die Beschwerdeinstanz offen. Aber das von ihm in Anspruch genommene Recht, der Stadtgemeinde die unternommene Einziehung eines Teiles der Straße zu untersagen, kann nur aus einer unter privatrechtlichem Schutze stehenden Berechtigung desselben, die fragliche Straßenstrecke fortwährend als Straße zu benutzen, hergeleitet werden und ebenso ist sein Schadensersatzanspruch nur aus einer Verletzung seiner privatrechtlichen Ansprüche zu begründen.

Ein Privatrecht des Beklagten auf die in Rede stehende Benutzung der Straßenstrecke könnte nur beruhen entweder in einer seinem anliegenden Grundstücke zustehenden Servitut oder in einem gesetzlichen Nachbarrechte. Da durch die bloße Thatsache, daß das Straßenareal bisher zum öffentlichen Gebrauche bestimmt war, ein

privatrechtlicher Anspruch auf die Fortdauer dieses Zustandes nicht entstanden sein kann, so bleibt in betreff der Entstehung einer Servitut nur die Frage übrig, ob ein entsprechender stillschweigender Vertrag zwischen der Gemeinde und den Anliegern einerseits durch die Herstellung der Straße und andererseits durch die Bebauung ihrer Grundstücke zustande gekommen sei. Es läßt sich hierfür geltend machen, daß die Gemeinde durch die Herstellung der Straße die Anlieger provoziert habe, ihre anliegenden Grundstücke im Vertrauen auf das immerwährende Fortbestehen der Straße zu bebauen. Allein die Frage ist zu verneinen, weil diese Erwägung nicht zu der Annahme berechtigt, daß die Gemeinde eine privatrechtliche Verpflichtung habe auf sich nehmen wollen. Die Grundsätze des Nachbarrechts kommen dem Beklagten nicht zu statten; denn das Nachbarrecht gewährt nur Schutz gegen eine positive Beschädigung der Eigentumssubstanz, nicht aber einen Anspruch auf Erhaltung derjenigen Vorteile, welche einem Grundeigentümer durch die bisherige Art der Verwendung des Nachbargrundstückes thatsächlich zu teil geworden sind.

Es bleibt nur noch zu untersuchen, ob der Anspruch des Beklagten auf eine zum Schutze des Rechts des Gemeingebrauches öffentlicher Sachen, insbesondere der öffentlichen Wege, gegebene privatrechtliche Klage gestützt werden kann. Allein dies ist schon nach den Bestimmungen des römischen Rechts zu verneinen. In den Quellen ist nirgends bezeugt, daß die Klagen, welche gegen denjenigen, der den Gemeingebrauch öffentlicher Sachen stört, teils jedem Bürger und teils dem Verletzten gegeben werden, auch gegen das Gemeinwesen selbst stattfinden, wenn dasselbe unternimmt, die Sache der Bestimmung für den Gemeingebrauch zu entziehen. Von einer solchen Ausdehnung dieser Klagen könnte auch höchstens dann die Rede sein, wenn anzunehmen wäre, daß die Bestimmung der öffentlichen Sachen zum Gemeingebrauche kraft des Gesetzes eine immerwährende und unentziehbare sei;[1] aber letzteres ist nicht anzunehmen. Denn die Äußerungen der Quellen, welche man allenfalls geneigt sein könnte hierfür anzuführen — l. 83. §. 5. Dig. de V. O. 45, 1: „usibus publicis in perpetuum relicta“ und ähnlich l. 2. §. 5. Dig. ne quid in loco publ. 43. 8 und §. 2 Inst. de inutil. stipul. 3. 19 — sprechen nur aus,

[1] Vgl. Jhering, Geist des Röm. Rechts I S. 201; III S. 349. D. E.

daß das Kriterium einer öffentlichen Sache in ihrer Bestimmung zum dauernden Gemeingebrauche zu finden ist, und hierin ist keineswegs enthalten, daß das Gemeinwesen, welchem die öffentlichen Sachen gehören und von welchem diese Bestimmung derselben in der Regel sich herschreibt, zu einer Abänderung dieser Bestimmung nicht befugt sei. Endlich würden auch die durch die Verordnung vom 16. September 1867 in die neuen Provinzen eingeführten Bestimmungen des preußischen Rechts über die Zulässigkeit des Rechtsweges, wonach der Rechtsweg in Verwaltungsangelegenheiten ausgeschlossen ist, wenngleich hierdurch die bezeichneten Klagen nicht für alle Fälle unzulässig geworden sind,

Entsch. des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 1 Nr. 59 S. 156 flg., doch jedenfalls eine nur auf das publizistische Recht des Gemeingebrauches sich gründende Klage gegen eine Gemeinde, um derselben die Aufhebung eines öffentlichen Weges, dessen Aufhebung im Verwaltungswege von den zuständigen Gemeindeorganen beschlossen worden ist, zu verbieten oder deshalb Schadensersatz zu beanspruchen, als unzulässig erscheinen lassen müssen."

---

## 50. Gewährt das Privileg der Dotalhypothek einen Vorrang vor der Hypothek, welche in einem Kaufvertrage dem Verkäufer für das kreditierte Kaufgeld an der verkauften Sache bestellt worden ist?

III. Civilsenat. Urt. v. 26. November 1880 i. S. W. (Kl.) w. H. (Bekl.) Rep. III. 637/80.

I. Landgericht Braunschweig.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Der Ehemann der Klägerin hat im Jahre 1874 von dem Beklagten eine Mühlenbesitzung käuflich erworben. Er hat hierbei in Anrechnung auf den Kaufpreis u. a. eine auf dem Kaufobjekte zu Gunsten eines gewissen L. ruhende Hypothek übernommen und für einen 24 000 M. betragenden Rest des Kaufpreises, welcher ihm verzinslich kreditiert wurde, in dem Kaufkontrakte das Kaufobjekt dem Beklagten zur Hypothek bestellt. Der Beklagte hat im Einverständnis mit dem Käufer darauf an das zuständige Gericht den Antrag gerichtet, zugleich mit der Besitz-

titelberechtigung auch die Eintragung seiner Hypothek zu bewirken, und demgemäß sind beide Eintragungen am 9. März 1874 vorgenommen worden. Die Klägerin behauptet, mit ihrem gedachten Ehemann seit 1863 verheiratet zu sein und demselben ein Vermögen im Betrage von 30 100 M. in die Ehe gebracht zu haben. Wegen ihres Eingebrachten stand ihr nach dem damaligen Landesrechte (Verordnung vom 21. März 1823, braunschweigische Ges.-Samml. S. 1121) eine stillschweigende Generalhypothek an dem Vermögen ihres Ehemannes zu. Diese Hypothek hat sie, als durch die Gesetzgebung im Jahre 1878 die stillschweigenden und die generellen Hypotheken beseitigt wurden, in Gemäßheit des §. 1 des Gesetzes vom 8. Mai 1878 (Ges.Samml. S. 87) am 4. September 1879 in der angegebenen Höhe auf die gedachte Mühlenbesitzung ihres Ehemannes eintragen lassen und hierdurch den bisherigen Rang derselben aufrecht erhalten. Auf Antrag des Hypothekengläubigers L. ist die Mühlenbesitzung alsdann zur Subhastation gekommen; von dem Erlöse sind nach Befriedigung des L. ungefähr 21 000 M. übrig geblieben, welche sich im gerichtlichen Depositum befinden. Diese Gelder nimmt jeder der beiden Streitteile vermöge des Vorranges seines hypothekarischen Rechtes in Anspruch. Die Klägerin hat in ihrer Klage beantragt, ihr diese Gelder unter Anerkennung ihres Vorranges zuzusprechen; vom Beklagten und Widerkläger ist beantragt, die Klage abzuweisen, dagegen seinen Vorrang anzuerkennen und ihm diese Gelder zuzusprechen. In beiden Vorinstanzen ist die Klage abgewiesen und nach dem Antrage der Widerklage erkannt. Die hiergegen von der Klägerin eingelegte Revision ist aus folgenden

Gründen

zurückgewiesen worden:

„Der jetzigen Specialhypothek der Klägerin ist das Privileg ihrer ursprünglichen generellen Dotalhypothek erhalten. Auch der Hypothek des Beklagten gebührt das Privileg einer versio in rem, allein dasselbe kann ihm gegen die Klägerin nicht nützen, weil ihre Generalhypothek die ältere ist und nach der insoweit klaren Vorschrift der Nov. 97 cap. 3 wenigstens die ältere Dotalhypothek auch dem Privileg der versio in rem vorgeht.

Man hat aber in früherer Zeit allgemein angenommmen, daß die s. g. reservierte Kaufgeldshypothek — und als eine solche ist die Hypothek des Beklagten anzusehen — von dem Privileg der Dotalhy-

pothek und überhaupt von den Privilegien aller von dem Käufer herrührenden Hypotheken nicht berührt werde, und derselben ein (Quasi-) Separationsrecht in dem Konkurse des Käufers zugestanden. Diese Meinung schließt sich der in früherer Zeit gleichfalls ganz allgemeinen Meinung an, daß die von einem Eigentumsvorgänger sich herschreibenden Hypotheken dem Vorrange der Pfandrechte, welche von einem späteren Eigentümer herrühren, nicht unterworfen seien; die Gleichstellung der reservierten Kaufgeldshypothek wurde namentlich durch die Auffassung zu rechtfertigen gesucht, daß die Sache bereits beim Übergang in das Eigentum des Käufers mit der Hypothek belastet gewesen sei.

Beide Meinungen sind bekanntlich in neuer Zeit vielfach bestritten, besonders von Thibaut, civil. Abh. S. 311 (1814); gegen den Vorzug der Kaufgeldshypothek auch schon von Gmelin, Ordnung der Gläubiger S. 390 (1813). In Beziehung auf das Verhältnis des Pfandrechtes, welches bei einem früheren Eigentümer erworben wurde, zu den bei späteren Eigentümern von denselben erworbenen privilegierten Pfandrechten ist Wächter (Archiv für civilistische Praxis Bd. 14 S. 340) mit Erfolg für die ältere Ansicht eingetreten und hat namentlich überzeugend nachgewiesen, daß der Ehefrau für ihre dos nicht ein so weitreichendes Privilegium gegeben sei, daß dasselbe auch den von einem früheren Eigentümer erworbenen Pfandrechten vorgehe.

Damit ist nun zwar nicht zugleich auch die hier allein in Betracht kommende Frage erledigt, ob dasselbe auch Geltung habe für die bei Übertragung des Eigentumes an den Ehemann von dem bisherigen Eigentümer für den kreditierten Kaufpreis reservierte Hypothek. Andererseits darf man aber auch diese Frage nicht mit der Betrachtung als erledigt ansehen wollen, daß der das Eigentum erwerbende Ehemann für die reservierte Hypothek rechtlich als der Besteller derselben anzusehen sei. Denn so unzweifelhaft es auch ist, daß nach römischem Recht, gleich wie eine Servitut, so auch ein Pfandrecht nur an einer fremden Sache erworben werden kann, und also auch bei der Begründung eines solchen dinglichen Rechtes durch einen bei der Eigentumsübertragung erfolgten Vorbehalt derjenige, auf welchen das Eigentum übergeht, rechtlich als der eigentliche Besteller des dinglichen Rechtes anzusehen ist, so steht es doch andererseits ebenso entschieden fest, daß das römische Recht für die Konstituierung eines solchen Rechtes nicht eine erst nach dem durch Tradition vollzogenen Eigentumserwerb noch hinzutretende

vertragsmäßige Bestellung erfordert, sondern es für zulässig erachtet hat, daß durch den bei der Tradition beredeten Vorbehalt das dingliche Recht dergestalt begründet wird, daß sich die Konstituierung desselben mit dem Eigentumserwerb gleichzeitig vollzieht, und daß das Eigentum also nur mit der Belastung mit dem vereinbarten dinglichen Recht auf den neuen Erwerber übergeht. Letzteres wird auch insbesondere für das reservierte Pfandrecht ausdrücklich anerkannt in der l. 2 Dig. de rebus eorum qui sub etc. 27, 9. Denn wenn hier, im Anschluß an die vorausgehende l. 1 §. 4, die Frage weiter erörtert wird, ob in dem Fall, wo für einen Minderjährigen das Grundstück angekauft worden, die verabredete Verpfändung desselben für den kreditierten Kaufpreis aus dem Grunde rechtsungültig sei, weil es versäumt worden, die für die Verpfändung des Grundstückes eines Minderjährigen vorgeschriebene obrigkeitliche Genehmigung einzuholen, gegen die diese Frage bejahende Ansicht, welche die Erwirkung eines kaiserlichen Reskriptes zur Sanierung des Mangels für erforderlich erachtet, als Zweifelsgrund geltend gemacht wird, daß das Eigentum nur belastet mit dem Pfande erworben worden sei, so ist es doch von selbst klar, daß ein solches Bedenken sich überhaupt nicht hätte erheben lassen, wenn die römische Rechtsanschauung nicht davon ausgegangen wäre, daß, obwohl bei der Reservierung einer Hypothek der Erwerber des Eigentums als der Besteller der Hypothek anzusehen sei, doch bei der Gleichzeitigkeit des Eigentumserwerbes und der Konstituierung der Hypothek das Eigentum nur belastet mit der letzteren auf den neuen Erwerber übergehe.

Da nun das gesetzliche Privilegium der dos der Ehefrau in einer Generalhypothek an dem Vermögen des Mannes besteht, so wird für die ältere Ansicht sich geltend machen lassen, daß die reservierte Hypothek, welche die Voraussetzung bildet für die zum Eigentumserwerb notwendige Kreditierung des unbezahlten Kaufpreises, die Folge hat, daß nur das Grundstück belastet mit der Hypothek in den Bereich des Vermögens des Ehemannes eintritt, an welchem der Frau eine Generalhypothek zusteht, und diese sich also, so lange die reservierte Hypothek noch besteht, nur erstreckt auf den nach Abzug derselben verbleibenden Wert des neuerworbenen Grundstückes.

Wenn es nun auch immerhin sehr wohl möglich ist, daß Justinian dem privilegium dotis eine weiterreichende Tragweite hat geben wollen, wodurch es auch den Vorrang gewonnen hätte vor der reser-

vierten Hypothek und selbst auch vor den von früheren Eigentümern bestellten Pfandrechten, so enthält doch andererseits auch das römische Recht keine Bestimmung, wodurch es klar gestellt wäre, daß alle aus der allgemein gehaltenen Wortfassung der bezüglichen Gesetze zu entlehnenden Konsequenzen auch wirklich gewollt seien und eine einschränkende Auslegung daher ausgeschlossen erscheinen müsse.

Es handelt sich hier also jedenfalls keineswegs um eine völlig zweifellose Frage der Auslegung. Und eben daher wird man auch der Entscheidung, welche diese Frage durch Jahrhunderte hindurch in der Rechtsprechung der deutschen Gerichte gefunden hat, theoretischen Bedenken gegenüber ausschlaggebende Bedeutung beilegen müssen, zumal von dieser Gerichtspraxis behauptet werden darf, nicht nur, daß ihr das Rechtsgefühl entschieden zur Seite steht, sondern insbesondere auch, daß ihr langer Bestand dem Verkehr die Sicherheit gegeben, daß man es mit einem feststehenden Grundsatze zu thun habe, der unbedenklich bei Vertragsabschlüssen zur Grundlage genommen werden dürfe.

Jene ältere Ansicht, der auch das angefochtene Urteil folgt, ist aber bis zum Ende des vorigen Jahrhunderts von Doktrin und Praxis anerkannt worden,

vgl. Carpzow, p. I. const. 28 dec. 20 Nr. 4; Mevius, tom. I. p. VI. dec. 193; Brunnemann, proc. conc. V. §. 313; Leyser, spec. 485 med. 4; Pufendorf, obs. tom. I. obs. 212; Ludovici, Konk. Pr. XI. 95,

und die weiter fortgesetzte konstante Praxis wird auch noch bezeugt von Glück, Komm. Bd. 16 S. 236, Schweppe, Konk. Pr. §. 69 Note 4, Sintenis, Pfandrecht S. 628, welcher bemerkt:

„das Vorrecht der reservierten Kaufgeldshypothek ist in Deutschland durch die Praxis unerschütterlich festgestellt",

wie denn auch die vereinzelten Entscheidungen der Neuzeit, welche im Seuffertschen Archiv mitgeteilt sind (Bd. 16 Nr. 199 und Bd. 21 Nr. 108), Belege dafür liefern, daß da, wo die Gesetzgebung noch Raum gelassen für die praktische Anwendbarkeit jener Ansicht, an ihr festgehalten worden ist."

## 51. Einfluß der nachfolgenden Unmöglichkeit der Leistung bei der Dienstmiete; kann der Vermieter der Dienste im Falle einer ohne sein Verschulden eingetretenen Unmöglichkeit der Leistung die Gegenleistung fordern?

III. Civilsenat. Urt. v. 7. Dezember 1880 in S. Fürst v. B. (Kl.) w. B. (Bekl.) Rep. III. 106/80.

I. Kreisgericht Ratzeburg.
II. Oberlandesgericht Kiel.

Der Beklagte wurde im Jahre 1861 von der Regierung des Herzogtums Lauenburg zum Bauervogt im Dorfe Schwarzenbeck, unter Beilegung der mit diesem Dienste verbundenen Emolumente, der Nutznießung der sogenannten Bauervogtsdienstkoppel, ernannt. Infolge der Landgemeindeordnung vom 2. November 1874 ist die Stellung des Beklagten als herrschaftlicher Bauervogt erloschen. Der Kläger ist der Ansicht, daß gleichzeitig auch das Recht des Beklagten auf Nutzung der Bauervogtsdienstkoppel, welches auf die Dauer des Dienstes beschränkt sei, sein Ende erreicht habe und fordert, als Besitzer der Fideikommißherrschaft Schwarzenbeck, die Herausgabe derselben. Beklagter bestritt seine Verpflichtung zur Herausgabe der Dienstkoppel; denn, wenn auch seit 1875 in Folge der Einführung der Landgemeindeordnung sein Amt als Bauervogt weggefallen sei, so könne ihm doch der Genuß der ihm beigelegten Dienstemolumente, da ihm die Stelle als Bauervogt ohne Zeitbeschränkung und ohne Vorbehalt der Kündigung, also auf Lebenszeit verliehen worden, nicht entzogen werden, so lange er zur Leistung der Bauervogtsdienste fähig und bereit sei. Diese beiden Voraussetzungen liegen vor.

Das Kreisgericht zu Ratzeburg verurteilte den Beklagten nach dem Klagantrage, indem es davon ausging, daß der Beklagte infolge einer nach Aufhebung des Dienstes erlittenen Bestrafung für unfähig erachtet werden müsse, Bauervogtsdienste zu leisten, wenn solche noch von ihm gefordert würden.

Das Oberlandesgericht wies dagegen den Klagantspruch zur Zeit ab, indem es diesen Grund des Kreisgerichts mißbilligte und den Beklagten nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zum Fortbezuge der ihm beigelegten Dienstemolumente für berechtigt hielt.

Die vom Kläger erhobene Revision wurde für begründet erkannt und der Beklagte zur Herausgabe der Dienstkoppel an den Kläger verurteilt.

Gründe:

„Die Entscheidung des Oberlandesgerichts, daß der Kläger die Herausgabe der in seinem Eigentum stehenden Bauervogtsdienstkoppel von dem Beklagten zu verlangen zur Zeit nicht berechtigt sei, beruht auf der Erwägung, daß der Beklagte nicht auf Widerruf oder Kündigung, sondern auf Lebenszeit zum Bauervogt ernannt und daß er sein Recht auf die ihm aus dem Dienstkontrakt zustehenden Gegenleistungen infolge der lauenburgischen Landgemeindeordnung vom 2. November 1874 nicht verloren habe, weil, wenn auch mit der Durchführung derselben das Amt des Bauervogts wegfällig geworden sei, doch die Landgemeindeordnung in die bestehenden kontraktlichen Rechte nicht eingegriffen habe, nach den zur Anwendung zu bringenden allgemeinen Rechtsgrundsätzen aber bei dem Dienstmietkontrakte der Vermieter der Dienste, so lange er dieselben leisten könne und zu leisten bereit sei, den Anspruch auf die Gegenleistung habe, auch wenn der Mieter der Dienste dieselben nicht annehmen wolle oder könne.

Die von dem Revidenten gegen den ersten Grund erhobenen Angriffe können für begründet nicht angesehen werden. Das Oberlandesgericht ist vielmehr in Übereinstimmung mit dem Kreisgerichte, dessen Gründe es billigt, mit Recht davon ausgegangen, daß dem Beklagten das Amt eines Bauervogts auf die Dauer der Fähigkeit zur Leistung des Dienstes, eventuell auf Lebenszeit verliehen sei. . . .

Dem Appellationsrichter ist auch darin beizutreten, daß die lauenburgische Landgemeindeordnung in die bestehenden kontraktlichen Verhältnisse nicht eingegriffen habe, und daß daher die Frage, ob dem Beklagten ungeachtet der Aufhebung des Bauervogtdienstes durch die Landgemeindeordnung ein Recht auf die ihm als Bauervogt beigelegten Emolumente zustehe, nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu beantworten sei. Nicht gebilligt werden kann es aber, wenn der Appellationsrichter den unter Bezugnahme auf l. 19 §. 9 Dig. locati 19. 2 aufgestellten allgemeinen Satz, daß der Vermieter der Dienste, so lange er dieselben leisten könne und zu leisten bereit sei, den Anspruch auf die Gegenleistung habe, auch wenn der Mieter der Dienste dieselben nicht annehmen wolle oder nicht annehmen könne, gleichviel ob letzteres infolge

des Gesetzes oder eines anderweitigen Zufalls eingetreten sei, auf den vorliegenden Fall für anwendbar erachtet.

Da für die Rechtsverhältnisse der Bauervögte die aus dem Staatsdienstverhältnisse sich ergebenden besonderen Grundsätze nicht maßgebend sind, so sind dieselben nach den für den Dienstmietkontrakt geltenden Normen zu beurteilen. Die Frage, welchen Einfluß die ohne Verschulden der Kontrahenten eingetretene Unmöglichkeit die Dienste zu leisten, beziehungsweise dieselben anzunehmen (die nachfolgende casuelle Unmöglichkeit der Leistung), hat, insbesondere, ob der Vermieter die Gegenleistung zu fordern berechtigt sei, wird von den Rechtslehrern verschieden beantwortet. Die Ansicht, daß bei den Obligationen auf ein Thun stets der Gläubiger die Gefahr zu tragen habe, sofern nur ohne Schuld des Verpflichteten die Erfüllung nicht geschehen könne, daß insbesondere bei der Dienstmiete die von dem Vermieter der Dienste nicht verschuldete Unmöglichkeit der Leistung der Leistung selbst gleichstehe und daß daher der Mieter der Dienste die Gegenleistung zu zahlen habe, sofern nur die Unmöglichkeit der Erfüllung nicht durch ein Verschulden des Vermieteters herbeigeführt worden sei, kann für richtig nicht erachtet werden. Sie steht mit dem Wesen der zweiseitigen Obligationen, bei welchen die Verpflichtung zur Leistuug und die Verpflichtung zur Gegenleistung nicht als zwei besondere Obligationen, sondern als zwei Hälften eines und desselben Rechtsgeschäfts anzusehen sind, sowie mit dem Wesen der Dienstmiete, als einem auf eine gewisse Dauer berechneten Rechtsverhältnisse, bei welchem die Vorleistung des Vermieters die Voraussetzung für die Gegenleistung des Mieters bildet, nicht in Einklang.

Bei der nahen Verwandtschaft der Dienstmiete mit der Sachenmiete und der wesentlichen Verschiedenheit der Rechtsverhältnisse beim perfekten Kaufkontrakte sind bei Beantwortung der Frage über den Einfluß der casuellen Unmöglichkeit der Leistung nicht die in den Rechtsquellen für den letzteren aufgestellten Grundsätze, wonach der Verkäufer durch dieselbe nicht nur von jeder Haftung auf Leistung der Sache befreit wird, sondern auch die Gegenleistung, den Kaufpreis, vom Käufer verlangen kann (l. 5 Dig. de resc. vend. 18. 5; l. 14. 15 Dig. de jure dot. 23. 3), sondern die für die Sachmiete geltenden, nach denen der Vermieter das Mietgeld nur für die Zeit verlangen kann, während welcher er dem Mieter die Benutzung der Sache gewährt hat

(l. 9 §§. 4. 6, l. 19 §. 6, l. 30 §. 1 Dig. locati 19. 2) analog anzuwenden. Darnach ist als Regel davon auszugehen, daß der Mieter der Dienste zur Zahlung der Gegenleistung nur verpflichtet sei, wenn und so weit die Leistung der Dienste wirklich erfolgt ist und davon eine Ausnahme nur dann zuzulassen, wenn der Vermieter im Stande und bereit ist, die Dienste zu leisten, der Mieter aber durch ohne Verschulden des Vermieters eingetretene Hindernisse verhindert ist, von den angebotenen Diensten Gebrauch zu machen, oder keinen Gebrauch davon machen will, vorausgesetzt, daß der Vermieter seine Dienste nicht anderweitig vermietet hat.

Die Quellenstellen, auf welche man zur Bekämpfung dieser Ansicht und zur Begründung der Behauptung sich berufen hat, daß für die Dienstmiete dieselben Grundsätze gelten, wie für den perfekten Kauf, sind nicht geeignet, diese letztere zu rechtfertigen. Insbesondere kann die von dem Appellationsrichter angezogene l. 19 §. 9 Dig. locati 19. 2 nicht auf alle Fälle einer casuellen Unmöglichkeit bezogen werden, namentlich nicht auf die Fälle, wo der Grund der Unmöglichkeit der Leistung nicht auf die Person des Mieters zurückzuführen ist. Die l. 11 Cod. de cond. ob caus. dat. 4. 6, l. 1 §. 13 Dig. de extr. cogn. 50. 13, l. 4 Dig. off. ass. 1. 22, l. 19 §. 10 Dig. locati 19. 2 enthalten aus der besonderen Stellung des Advokaten und des patronus fisci sich ergebende singuläre Bestimmungen. Eher würde ein Bedenken gegen die hier vertretene Ansicht aus l. 38 pr. Dig. locati 19. 2 entnommen werden können, indem dort allgemein der Satz aufgestellt wird: qui operas suas locavit totius temporis mercedem accipere debet, si per eum non stetit, quo minus operas praestet. Allein es erscheint gerechtfertigt, diesen dem liber regularum des Paulus entnommenen Satz einschränkend dahin zu interpretieren, daß er wie die l. 19 §. 9 a. a. O.. nur von solchen Fällen zu verstehen sei, in welchen der Mieter die ihm vom Vermieter zur Verfügung gestellten Dienste nicht annehmen will oder kann, weil derselbe mit den in den übrigen Quellenstellen enthaltenen Principien und den sonstigen Grundsätzen des römischen Rechts nicht in Einklang stehen würde, wenn man ihn auf alle Fälle einer casuellen Unmöglichkeit der Leistung beziehen wollte.

Vgl. Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht I. §. 30 S. 352 flg., III. S. 415 flg.; Windscheid, Kritische Zeitschrift für die gesamte Rechtswissenschaft II. S. 106 flg.; Windscheid, Pandekten §§. 321.

401; von Vangerow, Pandekten III. §. 591. VII.; Sintenis, Civilrecht II. §. 106 S. 471 flg.

Es genügt also nicht, daß der Vermieter der Dienste persönlich fähig und bereit ist, die vermieteten Dienste zu leisten, sondern er muß auch objektiv im Stande sein, sie zu leisten. Das ist aber vorliegend nicht der Fall, und es ist insofern unrichtig, wenn der Appellationsrichter davon ausgeht, es seien die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des von ihm aufgestellten allgemeinen Rechtssatzes gegeben. Es handelt sich keineswegs lediglich um eine casuelle Unmöglichkeit der Annahme der von dem Beklagten zu leistenden Dienste, sondern es liegt auch eine Unmöglichkeit der Erfüllung auf Seiten des Beklagten vor. Derselbe ist nicht im Stande, die vermieteten Dienste zu leisten und dem Mieter zur Verfügung zu stellen. Denn durch die veränderte Gesetzgebung sind die von den Bauernvögten bisher geleisteten Dienste weggefallen, beziehungsweise anderen Organen und Beamten übertragen. Es liegt also der Fall einer casuellen Unmöglichkeit der Erfüllung vor, bei welchem allerdings der Zufall nicht in der Person des Vermieters sich ereignet hat, sondern die eine notwendige Voraussetzung der Möglichkeit der Erfüllung bildenden Verhältnisse betroffen hat.

Der Einwand des Beklagten, daß er zur Zeit nicht verpflichtet sei, die fraglichen Ländereien dem Kläger herauszugeben, ist daher nicht begründet, und war vielmehr Beklagter in der Hauptsache dem Klageantrage gemäß zu verurteilen, ohne daß es erforderlich wäre, auf den weiteren, aus der Bestrafung des Beklagten entnommenen Einwand des Klägers einzugehen." . . .

---

## 52. Steht dem Bürgen, welcher für einen Teil einer durch Pfandrecht versicherten Forderung intercediert und Zahlung geleistet hat, ein Anspruch auf Cession der Pfandklage zu? Auslegung der l. 2 Cod. de fidejussoribus 8, 41.

III. Civilsenat. Urt. v. 10. Dezember 1880 in S. N. (Bekl.) w. A. (Kl.) Rep. III. 346/80.

I. Landgericht Kiel.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Aus den Gründen:

„Der Beklagte, welcher sich für 5 000 Mark von einer jetzt noch aus 35 000 Mark bestehenden Gesamtforderung verbürgt hat, verlangt gegen Zahlung des verbürgten Betrages die Einräumung des verhältnismäßigen Anspruchs auf die für die Gesamtforderung bestellte Hypothek und hat das diesen Anspruch zurückweisende und den Beklagten verurteilende Berufungserkenntnis als rechtsirrtümlich angefochten, weil es einen Verstoß gegen die l. 2. Cod. de fidejussor. 8, 41 enthalte. Dieser Angriff kann nicht für begründet erachtet werden.

Die erwähnte Gesetzesstelle geht von dem Falle aus, wo ein Gläubiger für mehrere Forderungen dieselbe Hypothek, aber nur für eine der Forderungen einen Bürgen besitzt, und giebt hierfür die Entscheidung, daß der Gläubiger zur Abtretung seiner Pfandrechte an den Bürgen erst dann verpflichtet sein solle, wenn seine gesamte Forderung getilgt sei. Diese Gesetzesvorschrift will nicht einen Unterschied statuiert haben zwischen dem zunächst entschiedenen Falle und dem anderen, wo der Bürge nur für einen Teil der Gesamtforderung intercedierte, während die Hypothek des Gläubigers für die ganze Forderung bestellt ist, vielmehr weist schon die wörtliche Auslegung des Gesetzes darauf hin, die beiden Fälle gleichheitlich zu behandeln.

Denn für den Bürgen, der sich nur für einen Teil einer größeren Forderung verbürgt hat, ist der andere Teil derselben ganz ebenso „alia causa", wie es eine zweite selbständige Forderung für denjenigen Bürgen ist, der nur für eine von mehreren Forderungen sich verpflichtet hat. Wenn also in diesem letzteren Falle nach dem klaren Wortlaut der l. 2 cit. eine für die mehreren Forderungen zugleich bestellte Hypothek nicht abgetreten zu werden braucht außer nach Befriedigung des „omne debitum", so erscheint es dem Wortlaut der Gesetzesstelle entsprechend, daß im erstgenannten Falle gleichfalls nur gegen Zahlung des „omne debitum", das ist der Gesamtschuld, also des verbürgten und unverbürgten Teiles derselben die Abtretung der Pfandklage verlangt werden kann.

Auch die logische Interpretation der gedachten l. 2 cit. muß zum gleichen Ergebnisse führen. Ohne Zweifel enthält diese Stelle eine konsequente Anwendung des dem beneficium cedendarum actionum zu Grunde liegenden Satzes, daß der Gläubiger nur da, wo er selbst keinen Schaden leidet, den Cessionsanspruch des Bürgen nicht verweigern

darf. Diese Weigerung nimmt aber der römische Jurist in einem Falle als begründet an, wo der Gläubiger, welchem für mehrere Forderungen eine und dieselbe Hypothek bestellt ist, nach Befriedigung der einen Forderung zur Abtretung der Pfandklage gezwungen werden sollte, weil nach dem Grundsatze der Unteilbarkeit des Pfandrechts der Gläubiger ein Recht hat, die ganze Hypothek bis zum letzten Reste seiner Forderungen in Anspruch zu nehmen, und er in diesem Rechte beeinträchtigt würde, wenn er, nachdem erst die eine Forderung getilgt ist, seine Pfandsicherheit ganz oder auch nur teilweise aufgeben müßte. Es ist nun augenscheinlich, daß vollkommen die gleichen Erwägungen zutreffen, wenn dem Gläubiger zugemutet wird gegen Tilgung eines Teiles seiner Forderung von der für diese Gesamtforderung bestellten Hypothek irgend etwas aufzugeben. Denn, auch wenn ein Teil seiner Gesamtforderung wegfällt, hat der Gläubiger vermöge der Unteilbarkeit des Pfandrechts Anspruch auf die ganze Pfandsicherheit für den übrig gebliebenen Rest der Forderung; auch hier also würde der Gläubiger in seinem Rechte gekränkt und an seiner Sicherheit Schaden nehmen, wenn er gezwungen würde, von letzterer etwas aufzugeben, weil der für einen Teil der Forderung haftende Bürge den ihn treffenden Betrag bezahlt hat oder zu zahlen bereit ist.

Um einen diesfälligen Cessionsanspruch des Bürgen zurückzuweisen, bedürfte es übrigens nicht einmal des Vorganges der l. 2 cit. Auch wenn diese specielle Gesetzesvorschrift nicht vorläge, müßte aus dem allgemeinen Princip der Rechtswohlthat der Klagencession gefolgert werden, daß dem Gläubiger bei Tilgung eines Teiles seiner Forderung durch den für diesen Teil haftenden Bürgen eine die Sicherheit der Restforderung beeinträchtigende Abtretung seines Pfandrechts nicht auferlegt werden darf.

Dem Angeführten zufolge hat der Appellationsrichter, indem er den Beklagten mit seinem eingangs erwähnten Verlangen abgewiesen hat, weder gegen die l. 2 Cod. de fidejussor. 8, 41 verstoßen, noch sonstwie rechtsirrtümlich geurteilt."

**53. Ist ein Vertrag, wodurch der Machtgeber sich verpflichtet, dem Bevollmächtigten die ihm erteilte Vollmacht nicht zu entziehen, rechtsverbindlich?**
**Ist der Bevollmächtigte verpflichtet, dem Machtgeber nach Kündigung des Mandats die ihm erteilte Vollmachtsurkunde auf Verlangen herauszugeben?**

III. Civilsenat. Urt. v. 21. Januar 1881 i. S. S. (Kl.) w. M. (Bekl.) Rep. III. 661/80.

I. Landgericht Lüneburg.
II. Oberlandesgericht Celle.

Die Klägerin hat den beklagten Eheleuten im März 1879 Generalvollmacht zur Verwaltung ihres Vermögens erteilt und ihnen eine Generalvollmachtsurkunde ausgehändigt. Sie fordert klagend die Zurückgabe dieser Urkunde, indem sie behauptet, den erteilten Auftrag widerrufen zu haben.

Die Beklagten verweigern die Herausgabe der in ihrem Besitze befindlichen Vollmachtsurkunde, weil die Klägerin in einer im August 1879 ausgestellten und ihnen ausgehändigten Urkunde sich verpflichtet habe, die ihnen erteilte Generalvollmacht ihnen bis zu ihrem Tode zu belassen, und weil sie nicht verpflichtet seien, die Urkunde herauszugeben, da sie dieselbe zur Deckung ihrer bisherigen Geschäftsführung bedürften. Das Landgericht verurteilte die Beklagten nach dem Klagantrage. Das Oberlandesgericht bestätigte diese Entscheidung und ist die Revision der Beklagten aus folgenden

Gründen

zurückgewiesen:

„Der von den Beklagten geltend gemachte Einwand, daß die Klägerin ausweislich der Urkunde vom 7. August 1879 vertragsmäßig sich verpflichtet habe, die ihnen im März 1879 erteilte Generalvollmacht bis zu ihrem Tode nicht zurückzunehmen, ist von den Vorderrichtern mit Recht verworfen worden. Aus der Natur des Vollmachtsvertrages, als eines wesentlich auf dem Vertrauen des Machtgebers zu dem Beauftragten beruhenden, zunächst nur die Interessen des ersteren betreffenden Rechtsverhältnisses folgt mit Notwendigkeit der auch in den Quellen (l. 12 §. 16, l. 22 §. 1 Dig. mand. 17. 1; §. 9 J. de mand.

III, 26) ausgesprochene Satz, daß die Vollmacht von dem Machtgeber dem Beauftragten gegenüber jederzeit widerrufen werden kann. Ein Vertrag, durch welchen dieses Widerrufsrecht ausgeschlossen, der Machtgeber über die Dauer seines Vertrauens hinaus gebunden wird, ist, weil mit dem Wesen des Rechtsgeschäftes in Widerspruch stehend, nicht verbindlich. Wenn auch ein Vertrag zwischen dem Machtgeber und dem Bevollmächtigten, wonach die Vollmacht innerhalb einer bestimmten Zeit nicht zurückgenommen werden soll, nicht als gegen die guten Sitten verstoßend ungültig ist, so kann doch auf Grund eines solchen Vertrages der Beauftragte nicht verlangen, daß ihm die Vollmacht nicht entzogen und ihm die Ausführung der Geschäfte, auf welche sie sich bezieht, überlassen werde, sondern es kann nur etwa ein Anspruch auf Zahlung des für die Ausführung zugesicherten Honorars oder auf Entschädigung erhoben werden. Daß unter den Parteien ursprünglich nur ein nach den Grundsätzen über das Mandat zu beurteilender Vertrag abgeschlossen worden, ergiebt sich aus der den Beklagten zugestellten Generalvollmachtsurkunde vom 21. März 1879 und ist auch unbestritten. Hätte nun auch Klägerin nachträglich vertragsmäßig sich verpflichtet, diese den Beklagten erteilte Generalvollmacht nicht zu kündigen, so würde dadurch das Wesen des ursprünglichen Vertrages selbst nicht verändert sein, sondern es sich nur fragen können, welche Entschädigungsansprüche den Beklagten wegen Nichterfüllung des neuen Vertrages vom 7. August 1879 zustehen.

Die Vorderrichter sind aber auch mit Recht davon ausgegangen, daß der Bevollmächtigte nach Aufhebung des Mandats durch Kündigung von seiten des Machtgebers auf dessen Verlangen verpflichtet sei, die ihm erteilte Vollmachtsurkunde herauszugeben, wenn auch nicht alle angeführten Gründe, namentlich die aus den Vorschriften der preußischen Vormundschaftsordnung §. 66 entnommenen, für zutreffend erachtet werden können. Eine direkte Entscheidung der Frage findet sich in den Rechtsquellen nicht. Denn l. 8 pr. Dig. mand. 17, 1 bezieht sich auf diejenigen Urkunden, welche dem Bevollmächtigten zum Zweck der Ausführung des Mandats übergeben sind. Aus l. 20 pr. D. h. t. ergiebt sich jedoch, daß der Mandatar nach Aufhebung des Mandats alles dasjenige dem Mandanten herausgeben muß, was er infolge des Mandats und in Bezug auf dasselbe in Händen hat. Die ihm erteilte Vollmachtsurkunde hat er aber zweifellos nur infolge und in Bezug auf das Mandatsverhältnis erhalten. Ihre Erteilung hat vor allem

den Zweck, dem Bevollmächtigten eine Legitimation beim Verkehr mit Dritten, bei den zur Ausführung des erhaltenen Auftrages erforderlichen Handlungen und Rechtsgeschäften zu verschaffen, da zur Begründung des Rechtsverhältnisses gemeinrechtlich der schriftliche Abschluß nicht notwendig ist. Dieser Hauptzweck ist mit der Aufhebung des Mandats hinweggefallen, und somit der Mandatar zur Rückgabe der Urkunde verpflichtet.

Wenn die Revisionskläger, im Anschluß an die Ausführungen eines in Seufferts Archiv Bd. 19 Nr. 40 abgedruckten Urteiles, in welchem die Verpflichtung des Mandatars, die Vollmachtsurkunde nach Aufhebung des Mandats zurückzugeben, verneint wird, hervorheben, daß die Vollmachtsurkunde eine gemeinschaftliche Urkunde sei, weil sie im Interesse beider Kontrahenten ausgestellt werde, und daß es für den Mandatar auch nach Aufhebung des Rechtsverhältnisses von großem Interesse sei, durch Vorlegung der Vollmachtsurkunde sowohl dem Mandanten, wie Dritten gegenüber sofort die Existenz und den Umfang der ihm erteilten Vollmacht nachweisen zu können, so ist zwar anzuerkennen, daß die Vollmachtsurkunde insofern als eine gemeinschaftliche bezeichnet werden kann, als sie auch dazu dient, das zwischen den Kontrahenten bestehende Rechtsverhältnis zu beurkunden und den Umfang des dem Mandatar erteilten Auftrages festzustellen, sowie daß der Mandatar das bezeichnete Interesse hat. Allein daraus folgt nicht ein Recht des Mandatars auf den Besitz der ihm zum Zweck seiner Legitimation erteilten Vollmachtsurkunde über die Dauer des Bestehens des Rechtsverhältnisses hinaus, sondern nur ein Anspruch darauf, daß der Mandant ihm bei Rückgabe der Urkunde eine Bescheinigung über den Umfang des ihm erteilten Auftrages oder eine beglaubigte Abschrift der Vollmachtsurkunde mit dem Vermerke der erfolgten Aufhebung des Auftrages durch Kündigung gebe. In dem angezogenen Urteile wird anerkannt, daß auch der Mandant ein Interesse auf Rückgabe der Vollmachtsurkunde nach Beendigung des Rechtsverhältnisses habe, dieses jedoch nur als ein dem Interesse des Mandatars gleichberechtigtes bezeichnet und hervorgehoben, daß der Mandant durch die Nichtrückgabe der Urkunde nicht gefährdet erscheine, wenn er das Mandat widerrufen habe, weil er sich durch Bekanntmachung des Widerrufes schützen könne. Dem kann jedoch nicht beigepflichtet werden; es muß vielmehr bei der Kollision der beiderseitigen Interessen dasjenige des Mandanten als das

überwiegende und berechtigtere angesehen werden. Wollte man dem Mandatar auch nach der Kündigung des Auftrages die ihm übergebene Vollmachtsurkunde belassen, so würden durch Mißbrauch derselben nicht allein der Mandant, sondern auch Dritte, welche im Vertrauen auf die durch den Besitz der Vollmachtsurkunde beschaffte Legitimation des Bevollmächtigten mit diesem kontrahieren, gefährdet werden können, zumal dann, wenn eine Generalvollmacht zur Verwaltung des gesamten Vermögens des Mandanten erteilt ist. Es erfordert die Rücksicht auf den Schutz des Mandanten wie auf die allgemeine Rechtssicherheit, dem Mandanten das Recht zuzuerkennen, nach Beendigung des Auftragsverhältnisses die Rückgabe der Vollmachtsurkunde zu verlangen, was auch in den neueren Gesetzgebungen anerkannt ist.

Wenn in den vom Oberlandesgericht für zutreffend anerkannten Entscheidungsgründen des Urteiles des Landgerichts zu Lüneburg der von den Beklagten geltend gemachte Einwand, daß sie zur Deckung ihrer Geschäftsführung die herausverlangte Urkunde bedürfen, dadurch beseitigt wird, daß zur Deckung der Beklagten eine beglaubigte Abschrift der Vollmachtsurkunde vollkommen genüge, so könnte hieraus gefolgert werden, daß die Beklagten berechtigt seien, einseitig eine beglaubigte Abschrift der ihnen erteilten Generalvollmachtsurkunde zu nehmen und zurückzubehalten. Diese Annahme würde jedoch nicht zutreffend sein. Ohne Zustimmung des Mandanten darf der Mandatar weder die während der Dauer des Rechtsverhältnisses etwa angefertigten beglaubigten Abschriften der Vollmachtsurkunde zurückbehalten, noch nach der Kündigung solche Abschriften für sich anfertigen lassen, er kann sein Interesse vielmehr nur in der obenbezeichneten Weise wahren."

---

## 54. Kann der auf Freigabe im Wege der Exekution abgepfändeter Sachen gerichteten Eigentumsklage der Einwand entgegengesetzt werden, daß dem Exekutionssucher an denselben ein konventionelles Pfandrecht bestellt sei?

II. Hilfssenat. Urt. v. 10. Januar 1881 i. S. R. (Bekl.) w. A. (Kl.) Rep. Va. 371/80.

I. Kreisgericht Bergen.
II. Oberlandesgericht Stettin.

Wegen einer Forderung der städtischen Sparkasse zu R. an den Mühlenmeister A. sen. waren verschiedene in dessen Gewahrsam befindliche Tiere im Wege der Exekution abgepfändet. Der A. jun. nahm dieselben als sein Eigentum mit dem Antrage in Anspruch, die Exekutionssucherin zu deren Freigabe zu verurteilen. Den Einwand der letzteren, daß ihr vor dem Verkauf der Tiere seitens des Exequendus an Kläger für ihre Forderung Generalhypothek von jenem bestellt sei, verwarf der Appellationsrichter als rechtlich unerheblich. Die hiergegen eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde der Beklagten, welche Verletzung des Rechtsgrundsatzes rügte, daß der Exekutionssucher der negatorischen Eigentumsklage des Intervenienten gegenüber ein vorher erworbenes Generalpfandrecht im Wege des Einwandes geltend zu machen befugt und nicht verpflichtet sei, deswegen eine besondere Klage anzustellen, ist zurückgewiesen.

Gründe:

„Die Beschwerde konnte für begründet nicht erachtet werden. Bisher hat die Beklagte ihr konventionelles Pfandrecht im Wege der hypothekarischen Klage gegen den Eigentümer nicht geltend gemacht; die angeblich verpfändeten Tiere sind vielmehr auf ihren Antrag behufs Einziehung einer gegen ihren Schuldner festgestellten persönlichen Schuld im Wege der Exekutionsvollstreckung in dessen Vermögen in Beschlag genommen. Nach l. 15 §. 4 Dig. de re jud. 42, 1 sind dieser Exekution nur Gegenstände unterworfen, die dem Schuldner eigentümlich gehören. Erhebt ein Dritter Eigentumsansprüche, so soll der Exekutionsrichter dieselben summarisch prüfen und, falls er sie begründet findet, die abgepfändeten Sachen freigeben und andere in Beschlag nehmen. Durch diese im Wege der Verfügung zu treffende Entscheidung sollen aber die Eigentumsrechte des Dritten nicht berührt werden, demselben bleibt vielmehr, wenn er sein Eigentumsrecht nicht sofort klar zu stellen und die Freigabe der Sachen durchzusetzen vermocht hat, überlassen, im Wege des ordentlichen Prozesses sein Eigentum nachzuweisen und Freigabe der Sachen zu erzwingen. Daß in jenem summarischen Verfahren der Exekutionsrichter ein bestrittenes und gerichtlich noch nicht geltend gemachtes Pfandrecht des Exekutionssuchers nicht berücksichtigen darf, ist selbstverständlich (vgl. Savigny, System Bd. 6 S. 438).

Ist der Intervenient genötigt, sein Eigentumsrecht im Wege des

ordentlichen Prozesses zu verfolgen, dann soll nach der Ansicht der Nichtigkeitsbeschwerde der Exekutionssucher befugt sein, dieser Klage den Einwand entgegenzusetzen, daß ihm ein Pfandrecht zustehe, und daß, wenn die Existenz desselben durch richterliches Urteil festgestellt sei, dadurch der Verkauf des Pfandstückes zum Zweck der Befriedigung des Pfandgläubigers gerechtfertigt werde.

Dem kann indes nicht beigestimmt werden. Freilich ist die vom Intervenienten behufs Beseitigung der Beschlagnahme angestellte Klage unzweifelhaft die Eigentumsklage, und einer solchen können in der Regel dingliche Rechte an der streitigen Sache einwandsweise entgegengesetzt werden, aber nur unter der Voraussetzung, daß das dingliche Recht dem Beklagten eine Befugnis giebt, welche den Klageantrag als ungerechtfertigt erscheinen zu lassen geeignet ist. Der Vindikation, mit welcher der Eigentümer Herausgabe der ihm vom Beklagten vorenthaltenen Sache fordert, kann also nicht der Einwand entgegengesetzt werden, daß dem Beklagten eine Wegegerechtigkeit oder eine Hypothek zustehe, wenn nicht letzteren Falles die Forderung bereits fällig ist und alle Voraussetzungen der Berechtigung des Beklagten zum Verkauf vorliegen, weil die Existenz dieser dinglichen Rechte die Vorenthaltung des Besitzes nicht rechtfertigt.

Im vorliegenden Falle bedarf, da durch die ein prätorisches Pfandrecht begründende richterliche Beschlagnahme die bestehenden Besitzverhältnisse nicht geändert werden, der Kläger, für den der Schuldner die abgepfändeten Tiere nur detinierte, der also seinen Besitz nicht verloren hat, keiner eigentlichen Vindikation, sondern nur einer negatorischen Klage, die auf das Eigentum des Klägers gestützt werden muß, bei der aber im übrigen der Gegenstand des Rechtsstreites, also die Frage, welche der richterlichen Entscheidung unterbreitet werden soll, durch den Klagantrag bestimmt wird. In der vorliegenden Klage hat der Kläger lediglich geltend gemacht, daß durch die Beschlagnahme im Wege der Exekution gegen den A. sen. ein widerrechtlicher Eingriff in sein Eigentumsrecht erfolgt sei, und dessen Beseitigung durch Aufhebung der Beschlagnahme beantragt. Dagegen hat er nicht den Antrag gestellt, die Beklagte auch zur Anerkennung der Freiheit seines Eigentums von dem von derselben in Anspruch genommenen Pfandrecht zu verurteilen, also dieses Pfandrecht nicht zum Gegenstande des Rechtsstreites gemacht. Die Beklagte aber ist, abgesehen von der hier nicht in Frage stehenden

Befugnis zur Anstellung einer Widerklage, nicht berechtigt, den Gegenstand des Rechtsstreites über die ihm vom Kläger gezogenen Grenzen auszudehnen. Sie ist vielmehr darauf beschränkt, das Recht des Klägers zu bestreiten und demselben Einwendungen entgegenzustellen, welche den Klagantrag als ungerechtfertigt darstellen.

Es kann sich also nur fragen, ob der von der Beklagten einwandsweise geltend gemachte Umstand, daß ihr wegen der unter Exekution stehenden Forderung ein konventionelles Pfandrecht an den in Beschlag genommenen Tieren zustehe, geeignet ist, die Beschlagnahme als eine gerechtfertigte und mithin den Klagantrag als unbegründet erscheinen zu lassen. Dies hat der Appellationsrichter mit Recht verneint. Denn die Beschlagnahme ist nicht auf Grund des Pfandrechts und einer Verurteilung des Klägers, sich den Verkauf des Pfandes gefallen zu lassen, sondern lediglich behufs Vollstreckung eines gegen den Schuldner ergangenen Erkenntnisses in der Voraussetzung erfolgt, daß derselbe Eigentümer der abgepfändeten Tiere sei. Ist diese Voraussetzung eine irrige, so ist die Beschlaguahme eine gesetzlich ungerechtfertigte, der dadurch bewirkte Eingriff in das Eigentumsrecht des Klägers ein widerrechtlicher, dessen Klagantrag also begründet.

Hätte die Beklagte aus einem anderen Grunde ein Recht, die Pfandstücke gerichtlich zum Zwecke des Verkaufes in Beschlag nehmen zu lassen, so könnte es sich allerdings fragen, ob die erfolgte Abpfändung nicht gleichwohl aufrecht zu erhalten, also die Klage abzuweisen sei. Ein solches Recht folgt aber noch keineswegs aus der Existenz eines der Beklagten an den fraglichen Pfandstücken eingeräumten konventionellen Pfandrechts. Es setzt vielmehr die Erwerbung eines exekutionsfähigen Titels durch Anstellung der Pfandklage gegen den Eigentümer des Pfandes voraus, dem gegen diese Klage verschiedene selbständige Einwendungen zustehen, namentlich die exceptio excussionis und der Einwand, daß er Gegenansprüche wegen Verwendungen habe. — Vergl. Windscheid, Pandekten §. 235. — Durch bloße Vorschützung eines Einwandes kann aber ein exekutionsfähiger Titel niemals erworben werden. Der aus der Existenz eines konventionellen Pfandrechts entnommene Einwand ist also für die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreites unerheblich, weil ein solches Pfandrecht die erfolgte Beschlagnahme nicht rechtfertigen und mithin auch dem Antrage auf Aufhebung derselben nicht entgegenstehen kann.

Der von von der Nichtigkeitsbeschwerde formulierte Rechtssatz kann deshalb als richtig nicht anerkannt werden, vielmehr war der mit der Entscheidung des Oberappellationsgerichts in Rostock — Seufferts Archiv Bd. 23 Nr. 263 S. 412 — übereinstimmenden Ausführung des Appellationsrichters beizutreten."

---

**55. 1. Der Kurator eines wahnsinnigen Volljährigen, dem eine Erbschaft anfällt, erwirbt für denselben nach gemeinem Rechte nur den einstweiligen Verwaltungsbesitz. Stirbt der Kurand im Wahnsinne, so fällt, wenn er Miterben hatte, sein Erbteil an diese oder deren Erben nach den Grundsätzen des Anwachsungsrechts.**

l. 7 §§. 3 u. 8 Cod. de curat. fur. (5,70).

**2. Die Ausschlagung einer Erbschaft zu Gunsten eines Dritten ist eine Antretung der Erbschaft mit gleichzeitiger Übertragung derselben auf den Dritten.**

l. 20 §. 4. Dig. de acquir. hered. (29,2).

III. Civilsenat. Urt. v. 2. November 1880 i. S. E. K. (Kl.) w. J. K. I. (Bekl.) Rep. III. 627/80.

I. Landgericht Darmstadt.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Aus dem Thatbestande:

Die im Jahre 1840 verstorbene erste Ehefrau des Klägers und Revisionsbeklagten Johannes K. I. hinterließ fünf Kinder und Intestaterben: Adam K., den Vater der jetzigen Beklagten und Revisionsklägerin, Elisabeth K., verheiratet an Bierbrauer E., Johannes (geb. 1833), Margarete (geb. 1817) und Antonie K. Die letztere starb schon 1841 im Kindesalter und fiel ihr Nachlaß an ihren Vater und die überlebenden vier Geschwister zu gleichen Teilen. Elisabeth E. starb 1852 und wurde von ihrem ehelichen minderjährigen Kinde beerbt; nach dessen 1857 erfolgtem Tode trat sein Vater, Bierbrauer E., als Erbe ein; dieser hat demnächst unbestritten seine Ansprüche an den hier streitigen Nachlaß an den Kläger übertragen. Schon vor dem Ableben des E.'schen Kindes und zwar im Jahre 1855 war auch Johannes K. II.

kinderlos gestorben; seine berufenen Erben waren der Vater, die zwei noch vorhandenen Geschwister und das Kind der verstorbenen Schwester. Im Jahre 1869 endlich erfolgte das Ableben der Margarete K., um deren Nachlaß es sich gegenwärtig handelt.

Im Jahre 1845 war der Kläger zur zweiten Ehe geschritten. Bei einer 1847 vollzogenen Abteilung des mütterlichen Vermögens der Kinder erster Ehe wurde dasselbe mit Rücksicht auf den Tod der Antonie K. in fünf Teile geteilt und davon je ein Fünfteil den noch lebenden vier Kindern zum Eigentume und ein Fünfteil dem Vater, jedoch mit Bezug auf die gesetzlichen Nachteile der Wiederverheiratung nur zum Nießbrauche, überwiesen. Im Jahre 1855 erfolgte sodann die Teilung des Nachlasses des Johannes K. II. in vier Teile.

Margarete K. war seit ihrer Kindheit geistesschwach. Das ihr von ihrer Mutter und ihren Geschwistern angefallene Vermögen, sowie ein ihr von einem Dritten hinterlassenes Vermächtnis befand sich teils im nießbräuchlichen Besitze ihres Vaters, teils wurde es kuratorisch verwaltet.

Adam K. fiel 1867 in Konkurs. Schon am 14. Januar 1867, nach erfolgter Insolvenzanzeige, wurde ihm jede Verfügung über sein Vermögen gerichtsseitig untersagt und auf Antrag der Konkursgläubiger unterm 5. Oktober 1867 ein weiteres Veräußerungsverbot nebst Arrestbestrickung „bezüglich der dem Kridar aus dem mütterlichen und geschwisterlichen Nachlasse bescheinigtermaßen ganz oder doch teilweise zugefallenen, in der bonorum possessio der geisteskranken Magarete K. befindlichen Vermögensobjekte" erlassen.

Bei der am 10. Dezember 1869 stattgehabten Inventarisation des Nachlasses der letzteren erklärte nun Adam K.:

„daß er auf seinen Erbteil zu Gunsten seiner Tochter Elisabeth verzichte und derselben diesen Erbteil schenke."

Laut besonderer Urkunde vom 13. Dezember 1869 hat diese Tochter, die jetzige Beklagte, „die Schenkung ihres Vaters" angenommen.

In der jetzt erhobenen Klage behauptet Kläger, daß er alleiniger Erbe, jedenfalls Teilerbe seiner im Wahnsinne verstorbenen Tochter Margarete geworden sei, während die Beklagte widerklagend den fraglichen Nachlaß für sich beansprucht.

Das Landgericht hat die Beklagte unter Abweisung der erhobenen Widerklage verurteilt, das Erbrecht des Klägers

1. an dem zum Nachlasse der M. K. gehörigen legierten Grundstücke zur Hälfte,
2. an dem aus dem Nachlasse des Johs. K. I. Ehefrau herrührenden Vermögen auf 24/48 zum Eigentume und auf 4/48 nutznießlich,
3. an dem aus dem Nachlasse des Johs. K. II. herrührenden Vermögen auf 6/12 zum Eigentume und auf 2/12 nutznießlich

anzuerkennen und die Auslieferung dieser in gerichtlicher Verwaltung befindlichen Vermögensmassen an den Kläger zu gestatten.

Die Beklagte verfolgte hiergegen Berufung, und es hat der Berufungsbeklagte in dem mündlichen Verhandlungstermine erklärt:

„daß er, soweit er nicht durch das erste Urteil als Eigentümer anerkannt sei, außer dem ihm zugesprochenen Nießbrauche keine unmittelbaren Rechte beanspruche, vielmehr die Opposition der Konkursmasse überlasse."

Das Oberlandesgericht hat darauf das Urteil erster Instanz bestätigt.

Die Beklagte hat nunmehr Revision eingelegt. Im Verhandlungstermine ist Revisionsbeklagter nicht erschienen und stellte der Vertreter der Revisionsklägerin zunächst Kontumacialantrag.

In der Hauptsache bat derselbe sodann:

„das Berufungsurteil aufzuheben und nach den von der Widerklägerin in voriger Instanz gestellten Anträgen zu erkennen, eventuell die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen," —

und führte zur Begründung dieses Gesuchs aus:

„Nach römischem Rechte könne zwar der Vormund eines Wahnsinnigen nicht die civile, sondern nur die prätorische Erbschaft für den Kuranden erwerben; allein nach heutigem Rechte bestehe kein praktischer Unterschied mehr zwischen beiden Arten des Erbschaftserwerbes. Es sei daher die Margarete K. wirkliche Erbin ihrer Mutter und ihrer verstorbenen Geschwister geworden. Da nun bei dem Tode derselben nur zwei zur Erbschaft Berufene vorhanden gewesen, von denen der eine, Adam K., zu Gunsten der Widerklägerin auf die Erbschaft verzichtet, der andere, Johannes K. I., aber durch Wiederverheiratung sein Erbrecht verwirkt habe, so sei Widerklägerin zur

Erbschaftsklage auf das Ganze, eventuell auf die Hälfte des streitigen Nachlasses legitimiert. Dieser Klage stehe die im Konkurse des Adam K. erwirkte Beschlagnahme nicht entgegen; denn diese rede von accresciertem Vermögen, während doch ein Anwachsungsrecht hier überall nicht in Frage stehe.

Jedenfalls müsse Widerbeklagter zufolge seines Anerkenntnisses in zweiter Instanz zur Herausgabe derjenigen Teile der Erbschaft verurteilt werden, welche ihm nicht selber zugesprochen worden seien. Der vom Berufungsrichter vermißte Antrag auf Verurteilung liege in der viel weiter gehenden Widerklagbitte von selbst."

Das Reichsgericht verwarf die Revision aus folgenden

Gründen:

„Die Civilprozeß-Ordnung hat besondere Bestimmungen über das Versäumnisverfahren in der Revisionsinstanz nicht für geboten erachtet, sich vielmehr darauf beschränkt, in §. 520 im allgemeinen auf die entsprechend anzuwendenden Vorschriften über das Verfahren in erster Instanz zu verweisen. Daraus folgt, daß, wenn der Revisionsbeklagte im Verhandlungstermine ausbleibt und der Revisionskläger nicht etwa zulässige neue Thatsachen im Sinne des §. 516 Ziff. 2 und 3 C.P.O. vorbringt, in dritter Instanz nach Maßgabe des §. 296 C.P.O. zu prüfen ist, ob der im Thatbestande des Berufungsurteiles festgestellte Sachverhalt den Revisionsangriff rechtfertigt.

Die Revision selbst war als unbegründet zu verwerfen.

I. Zur Vorlage handelt es sich, was zunächst die der Margarete K. aus dem Nachlasse ihrer Mutter und Geschwister angefallenen Vermögensteile angeht, um die Entscheidung der Rechtsfrage:

ob der Kurator eines wahnsinnigen Volljährigen eine diesem angebotene Erbschaft durch Antretung definitiv erwerben kann?

Mit Recht haben die Vorinstanzen dies verneint. Nach heutiger Rechtsanschauung ist zwar der Vormund eines geisteskranken Minderjährigen zur Antretung einer dem letzteren anfallenden fremden Erbschaft befugt, da hierbei nur die Minderjährigkeit, nicht auch zugleich die durch den Wahnsinn herbeigeführte Handlungsunfähigkeit des Mündels entscheidet. Allein es mangelt an jedem inneren Grunde, diese Vertretungsbefugnis auf den Kurator eines geisteskranken Großjährigen auszudehnen und in dieser Beziehung von der Vorschrift des gemeinen (römischen) Rechts abzugehen, wonach die Kuratoren Wahnsinniger „in

keiner Weise" eine Erbschaft mittels civiler oder prätorischer Antretung erwerben, sondern nur deren vorläufigen Verwaltungsbesitz erlangen können. l. 7 §. 3 Cod. de cur. fur. 5, 70.

Diese besonderen Bestimmungen des gemeinen Rechts sind durch ein entgegenstehendes allgemeines deutsches Gewohnheitsrecht keineswegs aufgehoben, werden vielmehr in Theorie und Praxis fast ausnahmslos noch für anwendbar erachtet:

Vergl. Windscheid, Pandekten §. 596.

Sintenis, praktisches gemeines Civilrecht §. 183 Note 11.

Seuffert, Archiv Bd. 6 Nr. 307; Bd. 7 Nr. 69; Bd. 15 Nr. 233; Bd. 29 Nr. 250.

Archiv für praktische Rechtswissenschaft Bd. 3 S. 459 flg.; Neue Folge Bd. 2 S. 419.

Ob der Titel XV §. 5 des in Dieburg geltenden Mainzer Landrechts von 1755, indem dort „minderjährigen oder blödsinnigen Erben Restitution" gegen die Versäumung der Erbschaftsantretung durch ihre Vormünder gewährt wird, von dem gemeinen Rechte abgewichen ist, muß dahingestellt bleiben, da auf die Nichtanwendung dieses Partikulargesetzes die Revision nach den §§. 511 und 525 der C.P.O. nicht gestützt zu werden vermag.

Ebensowenig ist darüber zu befinden, ob der Vater eines großjährigen geisteskranken Hauskindes nach den Vorschriften des gemeinen (römischen) Rechts über die Befugnisse des Gewalthabers oder nach den Grundsätzen des deutschen Rechts über die mit der väterlichen Vormundschaft verbundenen Befugnisse eine jenem angefallene Erbschaft antreten könne.

Denn der Thatbestand der Vorerkenntnisse stellt fest, daß im vorliegenden Falle die Antretung der mütterlichen und geschwisterlichen Erbschaft der Margarete K. durch den Vater (Kläger) nicht behauptet worden sei. Eine stillschweigende Erbschaftsantretung ist auch nicht ohne weiteres darin zu finden, daß der Vater nach dem Tode seiner ersten Ehefrau und seiner Kinder Antonie und Johannes längere Zeit hindurch, vor der Bestellung der Kuratoren durch das Verlassenschaftsgericht, den Besitz und die Verwaltung derjenigen Nachlaßmassen behielt, zu welchen die Wahnsinnige nach Intestaterbrecht berufen war. Abgesehen von dem statutarischen Nießbrauche, welcher dem Vater gemäß der Bestimmungen des Mainzer Landrechts am gesamten Nachlasse seiner Ehefrau bis zur Wiederverheiratung beziehungsweise Stan-

desveränderung der Kinder gebührt, sind die Umstände, welche jenen fortgesetzten Verwaltungsbesitz bedingten, in den Verhandlungen völlig unaufgeklärt geblieben.

Gleichzeitig mit der Margarete K. waren zur mütterlichen Erbschaft deren vier Geschwister, zum Nachlasse der Antonie K. deren drei Geschwister und der Vater, zum Nachlasse des Johs. K. II. endlich dessen Bruder Adam, das Kind der verstorbenen Schwester Elisabeth und der Vater berufen, und es ist nicht bestritten, daß diese Personen auch wirklich Erben geworden sind. Bezüglich des Vaters hat jedoch das Landgericht unter Verweisung auf die Rechtsprechung der hessischen Gerichte angenommen, daß die in Nov. 22 cap. 46 der Mutter angedrohten Nachteile der zweiten Ehe gemeinrechtlich auch auf den Vater Anwendung fänden und deshalb dem Kläger — außer dem ihm gesetzlich zustehenden Nießbrauche, soweit solcher nicht durch Konfusion erloschen — als Rechtsnachfolger seiner Tochter Elisabeth E. nur das Eigentum an der Hälfte jener Nachlaßmassen zugesprochen. Da Kläger sich bei diesem Erkenntnisse beruhigt hat, so ist nicht zu erörtern, ob jene Annahme nach gemeinem Rechte begründet sei und das Landgericht zu deren Rechtfertigung sich nicht etwa auf den Titel VIII §. 7 des Mainzer Landrechts hätte beziehen müssen.

Die Parteien sind ferner darüber einverstanden, daß die Margarete K. 1869 im Wahnsinne verstorben ist. Damit entschied es sich, daß dieselbe nicht Erbin ihrer Mutter und Geschwister werden konnte, und es muß nunmehr die Erbschaft denjenigen Personen herausgegeben werden, welche die nächsten Erben zur Zeit des Todes der Margarete K. gewesen sind. Als solche erscheinen aber nicht diejenigen Intestaterben der ursprünglichen Erblasser, welche sich im Augenblicke des Todes der Wahnsinnigen als die nächsten herausstellten, und noch weniger, wie dies die Revisionsklägerin behauptet, die nächsten Intestaterben der Wahnsinnigen, sondern diejenigen Miterben der letzteren, deren Erbteile seither durch das Vorhandensein der Wahnsinnigen geschmälert waren. Und diesen Miterben fielen die streitigen Erbteile nach den Grundsätzen des Anwachsungsrechtes kraft rechtlicher Notwendigkeit, sogar gegen ihren Willen, zu; auch traten, soweit diese Miterben zum Nachlasse der Mutter und Geschwister bereits vor der Wahnsinnigen weggefallen waren, deren Erben an ihre Stelle (l. unic. Cod. de cad. toll. 6, 51).

Zu einem anderen Ergebnisse führt die l. 7 §. 8 Cod. de cur. fur. 5, 70 nicht. Denn dieses Gesetz redet gar nicht von dem Falle, wenn der Wahnsinnige Miterben hatte, setzt vielmehr voraus, daß derselbe allein zu einer Erbschaft berufen war. Gerade mit Rücksicht hierauf wird verordnet, daß die nach dem Wegfallen des Wahnsinnigen berufenen Erben die ihnen angebotene Erbschaft antreten müssen.

Anlangend dagegen das der Margarete K. während ihrer Minderjährigkeit und zwar bereits in 1824 aus dem Nachlasse der M. Sa. angefallene Grundstück, so konnte die Wahnsinnige dieses Vermächtnis nach gesetzlicher Vorschrift eigentümlich erwerben und ist solches auch unbestritten von ihrem Vater für sie in Empfang genommen worden. Zu diesem Teile ihres Nachlasses waren mithin Kläger und Adam K. als alleinige Intestaterben der Wahnsinnigen berufen, und es hat ersterer nach dem Thatbestande die ihm deferierte Erbschaft wirklich angetreten. Wenn daher die Vorinstanzen die Beklagte verurteilt haben, das Erbrecht des Klägers an der Hälfte jenes Grundstückes anzuerkennen, so ist die Revisionsklägerin dadurch nicht beschwert.

II. Zur Widerklage konnte der Vater der Revisionsklägerin die ihm nach dem Vorausgeschickten selbst zugefallene, im Verwaltungsbesitze des Kurators der Margarete K. stehende mütterliche und geschwisterliche Erbschaft mit Rechtswirkung nicht ausschlagen; er war aber auch weiter infolge der auf Antrag der Konkursgläubiger gerichtsseitig angeordneten Beschlagnahme vom 5. Oktober 1867 nicht befugt, diese Vermögensteile auf die Revisionsklägerin zu übertragen. Durch die im Thatbestande angezogene, bei der Inventarisation des Nachlasses der Wahnsinnigen von Adam K. unterm 10. Dezember 1869 abgegebene Erklärung wird daher, welche Bedeutung man derselben auch sonst beilegen mag, die Legitimation der Widerklägerin zur Erhebung der Erbschaftsklage in Ansehung jener Vermögensobjekte nicht hergestellt.

Es fragt sich daher nur noch, ob die Widerklage bezüglich der Hälfte des legierten Grundstücks begründet sei.

Das Landgericht geht davon aus, daß Adam K., da er in der Vorbemerkung zum Nachlaßinventare als „Erbe" aufgeführt worden und nach erfolgter Vorlesung des Inventars solches mit dem Bemerken genehmigte, „daß er auf seinen Erbteil zu Gunsten seiner Tochter verzichte und dieser solchen schenke", sich als Erbe geriert und als solcher über die Erbmasse verfügt habe. Das Berufungsurteil enthält keine

thatsächliche Feststellung über den Sinn und die Tragweite dieser Erklärung, redet vielmehr nur von einer „angeblichen“ Ausschlagung der Erbschaft. Nun erscheint es bedenklich, daraus, daß Johannes K. I. und Adam K. bei der Inventarisation des fraglichen Nachlasses erschienen waren und im Eingange des Inventars als „nächste Erben“ der Margarete K. bezeichnet wurden, den Schluß zu ziehen, daß sie durch stillschweigende Willenserklärung Erben der letzteren geworden sind; es kann vielmehr nur die ausdrückliche von Adam K. bei der Vorlesung des Nachlaßinventars abgegebene Erklärung in Betracht gezogen werden. Diese letztere enthält aber ohne Zweifel schon für sich allein eine Antretung der Erbschaft der Margarete K. Indem der Vater der Widerklägerin auf diese Erbschaft zu Gunsten seiner Tochter mit dem Anfügen verzichtete, daß er der letzteren seinen Erbteil schenke, gab er seinen Willen, Erbe werden zu wollen, nach gesetzlicher Vorschrift:

l. 20. §. 4 Dig. de acquir. hered. 29, 2,

unzweideutig zu erkennen und übertrug zugleich die so erworbene Erbschaft auf die Beschenkte. Dieser Abtretung der Hälfte des legierten Grundstückes stand zwar nicht die vorerwähnte Beschlagnahme vom 5. Oktober 1867, wohl aber das allgemeine, bei der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Adam K. von Richteramts wegen erlassene Veräußerungsverbot vom 14. Januar 1867 entgegen. Es bedarf daher nicht einmal der Bezugnahme auf partikularrechtliche Bestimmungen über die Nichtigkeit formloser Veräußerungen von Immobilien, mit welcher das Landgericht die Abweisung der Widerklage begründet hat.

Eventuell hat die Widerklägerin beantragt, den Revisionsbeklagten nach Maßgabe seines in dem mündlichen Verhandlungstermine vor dem Berufungsgericht erklärten Anerkenntnisses zu verurteilen. Ob die im Thatbestande mitgeteilte Erklärung des Berufungsbeklagten vom 14. Juni 1880 in der That als eine teilweise Anerkennung der von der Widerklägerin geltend gemachten Erbschaftsansprüche im Sinne des §. 278 C.P.O. aufzufassen sei, wie das Berufungsgericht meint, mag auf sich beruhen; denn unter allen Umständen hätte die Widerklägerin, um auf Grund eines solchen Anerkenntnisses die Verurteilung des Widerbeklagten zu erwirken, einen besonderen Antrag stellen müssen.

Die Revisionsklägerin, indem sie ausführt, daß dieser Antrag in der weiter gehenden Widerklagbitte von selbst enthalten sei, übersieht, daß es sich hier nicht um eine in Gemäßheit eines gerichtlichen Geständnisses (§. 261 C.P.O.) zu erlassende richterliche Entscheidung über den widerklagend verfolgten Erbanspruch, sondern um die Frage handelt, ob sich der Widerbeklagte durch Anerkennung des Klagrechts unter Verzicht auf den Prozeß selber schuldig bekannt habe."

---

## 56. Haftung des Vindikationsbeklagten für Gewinn, welchen der Vindikationskläger durch Benutzung der vorenthaltenen Sache während der Zeit vor dem Beginn des Prozesses hätte ziehen können, nach gemeinem Rechte? Begründung des Anspruches auf entgangenen Gewinn.

I. Civilsenat. Urt. v. 8. Dezember 1880 i. S. R. (Kl.) w. Eisenbahn-Direktion zu F. (Bekl.) Rep. I. 402/80.

I. Landgericht Frankfurt a. M.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Kläger hat im Jahre 1875 dem Bauunternehmer S. verschiedenes Schmiedewerkzeug zur Benutzung bei Ausführung von Arbeiten, welche S. der Eisenbahndirektion zu F. gegenüber übernommen hatte, geliehen. Da S. die übernommenen Arbeiten nicht ausführen konnte, nahm die Eisenbahndirektion auf Grund einer Bedingung des mit S. geschlossenen Vertrages die von S. benutzten Arbeitsgerätschaften, unter diesen auch das Werkzeug, welches Kläger dem S. geliehen, zu weiterer Benutzung in Besitz. Kläger forderte von der Eisenbahndirektion anfangs November 1875 und später wiederholt Herausgabe seines Werkzeuges und erhob endlich gegen die Direktion eine am 1. November 1875 zugestellte Klage auf Herausgabe. Die Beklagte behauptete auf Grund des mit S. geschlossenen Vertrages das Werkzeug bis zur Ausführung der von S. übernommenen Arbeiten behalten zu dürfen, wurde aber unter Verwerfung dieses Einwandes durch rechtskräftig gewordenes Urteil vom

30. September 1878 zur Herausgabe unter Vorbehalt ihrer Schadensansprüche verurteilt, und die Herausgabe erfolgte am 28. Oktober 1878. Im vorliegenden Prozesse fordert nun Kläger von der beklagten Direktion Ersatz des ihm durch dreijährige (vom 1. November 1875 an) Entbehrung des Werkzeuges entgangenen Gewinns. Diesen hat das Urteil zweiter Instanz für die Zeit seit Zustellung der Klage im Vorprozesse bis zur Rückgabe rechtskräftig zuerkannt; die zweite Instanz wies aber den Klaganspruch für die Zeit von der ersten Aufforderung zur Rückgabe (1. November 1875) bis zur Zustellung der Klage im Vorprozesse (1. November 1877) ab. Die hiergegen vom Kläger eingelegte Oberappellation verwarf das Reichsgericht aus folgenden

Gründen:

„Da die Parteien in keinem obligatorischen Verhältnisse stehen, vielmehr die Beklagte nur *als Besitzerin* des dem Kläger eigentümlich gehörenden Werkzeuges von dem Kläger auf dessen (inzwischen erfolgte) Herausgabe und auf Ersatz des dem Kläger angeblich durch die Vorenthaltung des Werkzeuges entgangenen Gewinns im Betrage von 890 Mark in Anspruch genommen ist, so genügt zur Begründung dieses Anspruches nicht, daß Kläger die Beklagte durch Aufforderung zur Herausgabe in *Verzug* gesetzt hat, vielmehr hängt der Umfang der Nebenforderungen des Vindikationsklägers davon ab, ob die Vindikationsbeklagte redlicher oder unredlicher Besitzer ist. Daß die Beklagte *unredliche* Besitzerin gewesen, ist nach Lage der Sache nicht anzunehmen, folgt namentlich aus dem Schreiben, womit der Kläger die Beklagte zur Herausgabe des Werkzeuges aufforderte umsoweniger, als die Beklagte auf Grund des mit S. geschlossenen Vertrages das Recht in Anspruch nimmt, das streitige Werkzeug in Besitz zu nehmen und bis zur vollständigen Ausführung der von S. übernommenen, aber nicht ausgeführten Arbeiten zu benutzen. Daraus, daß dieser Anspruch der Beklagten in dem im Vorprozesse ergangenen Urteil verworfen ist, folgt nicht, daß die Beklagte schon *vor* dem Beginn des Vorprozesses das Bewußtsein ihres Unrechts gehabt habe. War die Beklagte aber redliche Besitzerin, so kann Kläger nicht Ersatz des *vor* der Zustellung der Klage im Vorprozesse *ihm* entgangenen Gewinnes fordern, und es kann unerörtert bleiben, ob, wie von namhaften Rechtslehrern[1] behauptet

[1] Vgl. *Windscheid*, Pandekten Band I §. 194 (5. Ausg.). D. E.

wird, ein solcher Anspruch selbst gegen den unredlichen Besitzer vor dem Prozesse nicht begründet ist.

Dazu kommt, daß ein Kausalnexus zwischen dem angeblich dem Kläger entgangenen Gewinn und der Vorenthaltung des Werkzeuges seitens der Beklagten nicht als bestehend anzunehmen ist, da, wenngleich der Beschädigte der Regel nach positive Handlungen zur Abwendung oder Verminderung des Schadens nicht vorzunehmen verpflichtet ist, diese Regel doch dann eine Ausnahme erleidet, wenn der Beschädigte dasjenige unterläßt, was jeder verständige Mann an seiner Stelle zu dem angegebenen Zwecke thun würde, und im vorliegenden Falle angenommen werden darf, daß kein verständiger Mensch unter den vom Kläger behaupteten Voraussetzungen Jahre lang völlig unthätig geblieben sein würde, um sodann entgangenen Gewinn zu liquidieren, statt sich das zu seinem Geschäftsbetriebe nötige Werkzeug anzuschaffen und dann eventuell den Ersatz der durch die Anschaffung neuen Werkzeuges erwachsenen Mehrausgaben zu verlangen. Hiernach ist der Anspruch auf Ersatz entgangenen Gewinnes für den Zeitraum vom 9. November 1875 bis 1. November 1877 mit Recht abgewiesen worden."

---

**57. 1. Unter welchen Voraussetzungen ist die Ehefrau während bestehender Ehe zur Rückforderung ihrer Illaten berechtigt?**
**2. Nimmt das bei Eingehung der Ehe vorbehaltene Vermögen der Ehefrau dadurch allein, daß es die letztere während der Ehe dem Manne überläßt, den rechtlichen Charakter eines Illatums an? Beweislast hinsichtlich des Vorbehaltes.**

III. Civilsenat. Urt. v. 10. Dezember 1880 i. S. E. Z. Ehefrau (Kl.) w. W. H. (Bekl.) Rep. III. 632/80.

I. Landgericht Kassel.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Klägerin war im Jahre 1868 mit ihrem jetzigen Ehemanne ohne Errichtung besonderer Ehepakten unter der Herrschaft des in Althessen

geltenden ehelichen Güterrechts zur zweiten Ehe geschritten. Schon bei Eingehung der Ehe befand sich der Mann in zerrütteten Vermögensverhältnissen. Am 10. Januar 1878 setzten die Z.'schen Eheleute sich bezüglich des Einbringens der Ehefrau auseinander und erkannte der Mann urkundlich an, daß jene eine Anzahl Mobilien und 3000 M. Kapital zur Zeit des Abschlusses der Ehe als eigenes Vermögen besessen, das Kapital aber dem Manne behändigt und dieser solches wiederum zur Abtragung von Schulden und zu baulichen Veränderungen benutzt habe.

Am 3. Juli 1878 veräußerte der Ehemann sein Wohnhaus und wies den Käufer an, einen Teil des Kaufpreises an seine, des Verkäufers, Ehefrau auf deren Vermögen zu bezahlen, übergab auch der letzteren einen auf ihren Namen lautenden Hypothekenbrief vom 12. Juli 1878 zur Deckung.

Nunmehr legte der Beklagte als Gläubiger des Ehemannes Beschlag auf diese Hypothekforderung und provozierte dadurch eine Klage der Ehefrau auf Zurücknahme und Löschung des Arrestes.

In zweiter Instanz wurde diese Klage abgewiesen, auf Revisionsbeschwerde der Klägerin aber das Erkenntnis des Oberlandesgerichts aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen.

Aus den Gründen:

„Die Revisionsangriffe waren teilweise für begründet zu erachten.

Das Berufungsurteil geht bei der Abweisung der erhobenen Klage davon aus, daß es sich um den Streit zweier Cessionarien handle und die vor der gerichtlichen Zwangsüberweisung der fraglichen Kaufgeldforderung an den Beklagten erfolgte freiwillige Abtretung an die Klägerin seitens ihres Ehemannes nur dann als rechtsbeständig erscheine, wenn solche nach den Grundsätzen über die Restitution der Illaten gültig habe geschehen können. Nun stehe aber dem Beklagten die sogenannte Mucianische Präsumtion zur Seite und es sei der von der Klägerin unternommene Nachweis eines die Cession rechtfertigenden Grundes mißlungen; denn die Urkunde vom 3. Juli 1878, auf welche die Klägerin sich stütze, sei beweislos und der von ihr behauptete Vorbehalt der Nichtillation ihres Vermögens bei Eingehung der Ehe durch konkludente Handlungen, insbesondere durch spätere Überlassung ihres Ver-

mögens an den Ehemann zum Zwecke der Schuldenzahlung, in Wegfall gekommen.

Diese Argumentation des Berufungsurteils ist ihrem ganzen Inhalte nach der Nachprüfung in der Revisionsinstanz unterworfen. Zwar sind die ehelichen Güterverhältnisse der E. Z.'schen Eheleute nach den Grundsätzen der in Altheſſen geltenden Errungenschaftsgemeinschaft zu beurteilen und unterliegen nach den §§. 511 und 525 C.P.O. insofern nicht der Revision, als sie ausschließlich auf Partikular-Gesetz und -Gewohnheit zurückzuführen sind. Indem aber das Berufungsurteil auf dieses Güterrecht allgemeine, teils dem römischen, teils dem gemeinen deutschen Rechte entnommene Rechtsnormen anwendet, ist die Zuständigkeit des Reichsgerichts über das Bestehen und den Inhalt der letzteren begründet, gleichviel ob diese Normen auf gesetzlicher Vorschrift oder einem deutschen Gewohnheitsrechte beruhen.

In der Sache ist der vorigen Instanz darin beizutreten, daß nach deutsch-rechtlichen Grundsätzen, wenigstens nach denjenigen des deutsch-fränkischen ehelichen Güterrechtes, alles Vermögen der Ehefrau, welches nicht durch einen bei Eingehung der Ehe gemachten Vorbehalt der Verfügung des Mannes entzogen wurde, als Illat anzusehen ist, zu dessen Zurückforderung die Frau nur unter denselben Voraussetzungen berechtigt erscheint, unter welchen sie nach Dotalrecht die Rückerstattung der Brautgabe (dos) verlangen kann. Die Abtretung der streitigen 3 000 M., falls solche wirklich in die Ehe beigewendet worden sind, gilt daher so lange gleichsam als Schenkung unter Ehegatten und deshalb als nichtig, bis Klägerin eine jener Voraussetzungen darlegt. Sie behauptet nun zwar, daß ihr Ehemann zur Zeit der Cession überschuldet gewesen sei. Da sie jedoch zugleich selber angeführt, daß ihr Ehemann schon bei Eingehung der Ehe in zerrütteten Vermögensverhältnissen sich befunden habe, die Illaten aber außer dem Falle des Konkurses nur bei eintretender Verarmung des Mannes zurückgefordert und zurückgegeben werden dürfen, so unterliegt die in dem Kaufvertrage vom 3. Juli 1878 erfolgte Cession ohne weiteres der Anfechtung. Jedenfalls wäre es Sache der Klägerin gewesen, die näheren Umstände anzuführen, aus denen entnommen werden könnte, daß sie ihrem Manne bei Eingehung der Ehe noch mit Sicherheit ein Kapital von 3 000 M. als Illat zu behändigen vermochte.

Rechtsirrtümlich sind dagegen die Ausführungen des Berufungs-

urteils über die Bedeutung und den Wegfall des von der Klägerin vor Eingehung der Ehe angeblich erklärten Vorbehaltes ihres Vermögens. Die vorige Instanz erwägt, daß, da die Klägerin die streitigen 3 000 M. nach Eingehung der Ehe dem Manne eingehändigt, und dieser solche zur Bestreitung von Baukosten und Abtragung von Schulden verwendet habe, das Geld thatsächlich in das Verwaltungs- und Nutzungsrecht des Mannes eingebracht und damit auf einen etwaigen Vorbehalt des eheweiblichen Vermögens verzichtet worden sei. Eine thatsächliche Feststellung, an welche die Revisionsinstanz nach §. 524 C.P.O. gebunden ist, liegt hierin nur insofern, als eben die Aushändigung des Kapitales an den Ehemann, der dasselbe wiederum in seinen Nutzen verwendete, als erwiesen angenommen wird; die daran geknüpften Folgerungen aber bewegen sich auf dem Gebiete der rechtlichen Erörterungen.

Nun ist die Annahme, daß jede Überlassung des vorbehaltenen Vermögens der Frau (des sogenannten Rezeptitiengutes) an den Ehemann während der Dauer der Ehe einen Verzicht auf den Vorbehalt in sich schließe, zweifellos nicht begründet. Die Frau kann der Regel nach selbst während der Ehe Rechtsgeschäfte über das Rezeptitiengut unbeschränkt mit dem Manne abschließen; sie kann ihm solches ganz oder teilweise in die Verwaltung geben, auch bares Geld unter besonderem Rechtstitel behändigen, ohne daß dadurch die Natur jenes eheweiblichen Vermögens geändert würde. Sogar die Thatsache, daß der Mann, nachdem er das Rezeptitiengut als solches empfangen, dasselbe in seinen Nutzen verwendet, enthält für sich allein noch keine Illation; eine solche würde vielmehr nur darin gefunden werden können, daß die Frau das ursprünglich vorbehaltene Vermögen dem Manne zur Nutznießung oder unter Umständen überträgt, welche eine Beiwendung in die Ehe mit rechtlicher Notwendigkeit mit sich führen.

Im vorliegenden Falle ist nur behauptet und festgestellt, daß die Klägerin das bei Eingehung der Ehe besessene Kapital demnächst ihrem Manne überlassen habe, während bestritten wurde und auch aus der Urkunde vom 10. Januar 1878 nicht erhellt, daß die Klägerin selber die Baukosten vorgelegt und die Schulden des Mannes bezahlt habe. Danach steht aber — unter der Voraussetzung, daß überhaupt bei Eingehung der Ehe der Vorbehalt der Nichtillation gemacht wurde — die Eigenschaft der fraglichen 3 000 M. als Illat noch nicht fest,

und es muß über diese Frage, die das Berufungsurteil mit Unrecht auf sich beruhen ließ, noch nachträglich entschieden werden.

Diese Entscheidung ist, da es sich um Beweiserhebungen handelt, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, jedoch unter folgenden maßgebenden Gesichtspunkten:

Ein Zweifel darüber, daß die dem Revisionsbeklagten zwangsweise überwiesene Hypothekforderung der Revisionsklägerin zusteht, kann gar nicht erhoben werden, da diese Forderung auf den Namen der Ehefrau eingetragen ist. Insofern greift auch die sogenannte Mucianische Präsumtion nicht Platz. Gleichwohl muß die Revisionsklägerin zunächst den Nachweis führen, daß sie sich vor oder bei Eingehung der Ehe das fragliche Kapital vorbehalten habe. Denn aus den thatsächlichen Feststellungen des Berufungsurteils, die sich an den Hypothekenbrief vom 12. Juli 1878, den Kaufvertrag vom 3. Juli 1878 und die Vertragsurkunde vom 10. Januar 1878 anschließen, ergiebt sich, daß jener Hypothekenbrief auf Grund einer von dem Ehemann der Klägerin während bestehender Ehe vollzogenen Cession auf die Ansprüche der letzteren wegen ihres eheweiblichen Vermögens erfolgte. Sowie nun, wenn der Ehemann einen derartigen mit der Frau geschlossenen Rechtsakt als rechtsungültig angreift, die Ehefrau darthun muß, daß der Erwerb ein gesetzlich gebilligter sei, so muß sie dies auch dem jetzigen Beklagten gegenüber, der durch Zwangsüberweisung an die Stelle des Mannes getreten ist.

Einen weiteren Beweis, als den des gedachten Vorbehaltes, hat dagegen die Revisionsklägerin nicht zu führen, vielmehr liegt es, wenn ihr dieser Nachweis gelingt, dem Revisionsbeklagten ob, thatsächlich darzulegen und zu erweisen, daß eine spätere Illation des Rezeptitiengutes stattgefunden habe. Eine rechtsgenügende Behauptung in der zuletzt gedachten Richtung hat nach dem Thatbestande der Revisionsbeklagte bis jetzt noch nicht aufgestellt. Ob er damit noch nachträglich zu hören sein wird, darüber ist zur Zeit nicht zu befinden." ...

## 58. Besteht das Pfandrecht fort, wenn die durch dasselbe gesicherte Forderung bezahlt, die Zahlung aber mit der Paulianischen Klage angefochten und infolge klaggemäßen Urteiles der gezahlte Betrag zurückgezahlt wird?

I. Civilsenat. Urt. v. 12. Februar 1881 i. S. P. (Kl.) w. L. B. (Bekl.) Rep. I. 886/80.

I. Landgericht Lübeck.
II. Oberlandesgericht Hamburg.

Beide Parteien haben aus Hypothekwechseln an den im November 1877 in Konkurs verfallenen B. in Lübeck Forderungen; der Hypothekwechsel der Beklagten datiert vom 15. September 1873; die beiden Hypothekwechsel der Klägerin sind jüngeren Datums (Mai 1875). In dem Prioritätsurteile vom 13. Dezember 1879 sind beide Teile in der Klasse der Hypothekarien, jedoch die Beklagte wegen ihres an sich unbestritten älteren Pfandrechtes vor der Klägerin lociert. Die Klägerin verlangt im vorliegenden Prozesse, daß sie vor der Beklagten lociert werde. Die Beklagte hat nämlich kurz vor der Konkurseröffnung von dem Gemeinschuldner ihre ganze Forderung aus dem Hypothekwechsel bezahlt erhalten; der Vertreter der Konkursmasse hat aber die Zahlung mit der Paulianischen Klage angefochten, und zwar mit Erfolg. Die Beklagte ist durch rechtskräftiges Urteil zur Zurückzahlung zur Konkursmasse verurteilt und hat im Frühjahr 1879 den urteilsmäßigen Betrag zurückgezahlt, dagegen den Hypothekwechsel von dem Vertreter der Konkursmasse zurückerhalten. Die Beklagte hat, da sie befriedigt war, ihre Forderung im Konkurse innerhalb der Präklusivfrist nicht angemeldet; nachdem sie aber den ihr gezahlten Betrag zur Konkursmasse zurückgezahlt, hat sie am 30. April 1879 ihre Forderung, und zwar als Hypothekforderung, beim Konkursgericht angemeldet. Durch rechtskräftiges Urteil vom 27. Juni 1879 ist der Güterpfleger, welcher der Zulassung der nachträglich angemeldeten Forderung wegen der Präklusion widersprach, verurteilt, den angemeldeten Anspruch anzuerkennen, und er hat dies gethan. Die vorliegende Klage ist nun darauf gegründet, daß jedenfalls die Hypothek durch die vor der Konkurseröffnung geleistete Zahlung erloschen sei, die Beklagte daher nicht als Hypothekgläubigerin

locient werden dürfe. Die Gerichte erster und zweiter Instanz haben erkannt, daß die Klage als unbegründet abzuweisen sei. Das Reichsgericht hat auf Zurückweisung der Revision erkannt[1] aus folgenden

Gründen:

„Daß ursprünglich der Beklagten wegen des größeren Alters ihrer Hypothek die Priorität vor der Klägerin gebührte, ist außer Zweifel und Streit. Es fragt sich nur, ob und welche Änderung hierin der Umstand herbeigeführt hat, daß die Forderung der Beklagten vor der Konkurseröffnung durch Zahlung getilgt ist, daß aber die Zahlung mit der Paulianischen Klage mit Erfolg angefochten ist, und daß die Beklagte das, was sie gezahlt erhalten, zur Konkursmasse zurückgezahlt hat. Nach l. 10 §. 22 Dig. quae in fraudem credit. 42, 8 kann darüber kein Zweifel obwalten, daß nachdem die Beklagte in dem Paulianischen Rechtsstreite unterlegen, ihre Forderung vollständig wieder aufgelebt ist, ac si liberatio facta non esset. Dieses Gesetz erwähnt allerdings nicht speciell der zur Sicherung der durch Zahlung getilgten Forderung bestellten Pfandrechte. Ein Zurückgehen auf die das Erlöschen der Pfandrechte im allgemeinen betreffenden gesetzlichen Bestimmungen führt aber zu dem Ergebnisse, daß auch die zur Sicherung der getilgten Forderung bestellten Pfandrechte in dem Fragefalle fortbestehen. Im allgemeinen besteht der Grundsatz, daß durch die Tilgung einer Forderung durch Zahlung auch die Pfandrechte erlöschen. Auch dürfte die einzige von den Vorinstanzen in Bezug genommene Gesetzesstelle, nämlich die l. 4 §. 2 Dig. quod metus causa 4, 2 kaum für die vorliegende Entscheidung zu verwerten sein, da sie die Auslegung zuläßt, daß, wenn ein Schuldner den Gläubiger zur Acceptilation zwingt und die Obligation auf Antrag des Gläubigers wiederhergestellt wird, die Pfandrechte nicht ohne weiteres fortbestehen, sondern der Schuldner nur, wie er genötigt werden kann, von neuem Bürgen, seien es die alten oder neue, zu stellen, so auch genötigt werden kann, dem Gläubiger die Pfandrechte zu restituieren, die früheren Pfänder von neuem zu Pfande zu geben, was für die Priorität von Bedeutung werden kann. Aber andere Gesetzstellen enthalten unzweideutig den Grundsatz, daß durch die Tilgung einer durch Pfandrecht gesicherten Forderung durch Zahlung das Pfand-

[1] Ein anderer Teil dieses Urteiles ist unten unter Prozeßrecht abgedruckt.

recht nur dann definitiv erlischt, wenn auch die Forderung dergestalt definitiv aufgehoben wird, daß die Zahlung nicht zurückgefordert werden kann, daß dagegen, wenn der durch Zahlung befriedigte Gläubiger zurückzahlen muß, mit der wieder auflebenden Forderung auch das Pfandrecht fortbestehen muß. Die sehr generell gefaßte Vorschrift in l. 10 §. 22 Dig. quae in fraudem credit. 42, 8 muß schon in ihrer Konsequenz zu diesem, auch durch die Billigkeit gebotenen Ergebnis führen. Klar wird es aber ausgesprochen in l. 21. Dig. de jure fisci 49, 14. Wenn ein Pfandgläubiger von dem Pfandschuldner, welcher zugleich Schuldner des Fiskus ist, befriedigt wird, der Fiskus aber vermöge seines Privilegiums dem befriedigten Pfandgläubiger die gezahlte Geldsumme wieder abnimmt, dann sollen die pignora als non liberata gelten. In Übereinstimmung hiermit bestimmt l. 5 Cod de remiss. pign. 8, 26, der Gläubiger, welcher eine durch Pfandrecht gesicherte Forderung durch eine pacti conventio inutiliter facta erlassen hat, könne nicht bloß die persönliche Forderung geltend machen, sondern auch usitato more pignora vindicare (vgl. auch l. 4 §. 2 Dig. quib. mod. pign. solvitur 20, 6; l. 50 Dig. de minor. 4, 4; l. 7 §. 6 Dig. de donat. inter virum et uxorem 24, 1). Hiernach mußte das Pfandrecht der Beklagten mit seiner ursprünglichen, demjenigen der Klägerin vorgehenden Priorität als fortbestehend anerkannt werden.

Der im Plaidoyer berührte Fall, wie zu entscheiden sei, wenn in der Zwischenzeit zwischen der Zahlung und Zurückzahlung ein Pfandrecht neu bestellt wurde, liegt nicht zur Entscheidung vor und bleibt unerörtert."

---

**59. Kann ein konstanter Gerichtsgebrauch, der sich für den stets angewendeten Rechtssatz, daß unständige Servituten nur durch unvordenkliche Verjährung ersessen werden können, lediglich auf mißverstandene römische Rechtsstellen stützt, partikulares Gewohnheitsrecht erzeugen?**

II. Hilfssenat. Urt. v. 28. Oktober 1880 in S. F. (Kl.) w. P. (Bekl.) Rep. Va. 279/80.

I. Kreisgericht Bergen.
II. Oberlandesgericht Stettin.

Aus den Gründen:

„Es ist zwar richtig, daß in Neuvorpommern seit langer Zeit ein durch die Entscheidungen des früheren Tribunales in Wismar und des späteren Oberappellationsgerichts zu Greifswald gebilligter Gerichtsgebrauch bestand, nach welchem stets der Grundsatz angewendet ist, daß zur Erwerbung einer unständigen Grundgerechtigkeit die 10 oder 20jährige Ersitzung nicht genüge, sondern die unvordenkliche Verjährung erforderlich sei, sowie, daß das frühere preußische Obertribunal diesen Gerichtsgebrauch für rechtsverbindlich erachtet hat, weil er nicht gegen klare Gesetze verstoße. Vgl. Entsch. Bd. 32 S. 47 und Fenner und Mecke Bd. 8 S. 96.

Dagegen hat das preußische Obertribunal in dem Erkenntnis vom 10. Juni 1875[1] einem gleichen in betreff der hessischen Gerichte festgestellten Gerichtsgebrauch die Kraft abgesprochen, einen verbindlichen Rechtssatz zu erzeugen, weil jener Gerichtsgebrauch sich nicht unter dem Einfluß partikulärer Normen oder Gestaltungen als Bestandteil eines besonderen Landesrechts ausgebildet habe, sondern im Anschluß an die früher gemeinrechtliche Doktrin und die Rechtsprechung des Reichskammergerichts lediglich auf irrtümlicher Auslegung des gemeinen Rechts beruhe.

Es liegt aber kein Grund vor, dem fraglichen Gerichtsgebrauch in Neuvorpommern eine höhere rechtserzeugende Kraft beizulegen, als dem in anderen Ländern Deutschlands. Denn auch hier ist nicht nachweisbar, daß derselbe eine partikuläre Rechtsüberzeugung zur Quelle habe, und davon ist auch das preußische Obertribunal in seinen Entscheidungen nicht ausgegangen, sondern es hat angenommen, daß einem Gerichtsgebrauch, der nicht wider klare Gesetze verstoße, auch ohne daß derselbe gerade mit den Erfordernissen eines partikulären Gewohnheitsrechts versehen zu sein brauche, nach den Grundsätzen des gemeinen Rechts eine verbindende Kraft beigelegt werden müsse.

Dieser Ansicht kann indes nicht beigetreten werden, und es stehen ihr auch die Meinungen der hervorragendsten gemeinrechtlichen Autoritäten entgegen — vgl. Savigny, System Bd. I. S. 149. 173;

[1] Entsch. Bd. 75 S. 91. D. R.

Puchta, Gewohnheitsrecht Bd. I. S. 169, Bd. II. S. 18 und Pandekten §. 13; Windscheid, Lehrbuch §. 16; Unger, System Bd. I. S. 44; Wächter, Württembergisches Recht Bd. I. S. 42; Gerber, System §. 30.[1] — In der That würde auch der Grundsatz, daß ein lange Zeit hindurch festgehaltener Gerichtsgebrauch ohne Rücksicht darauf, ob er ein Gewohnheitsrecht dokumentiere oder lediglich auf einem Mißverständnis der Gesetze beruhe, stets rechtsverbindlich werde, falls nicht die mißverstandenen Gesetze klar seien, jeden Einfluß des Fortschrittes der Wissenschaft auf die Praxis ausschließen. Denn mag ein Gesetz auch noch so klar sein, so wird man immer aus dem Umstande, daß es früher mißverstanden ist, den Beweis seiner Unklarheit entnehmen, wie denn auch das preußische Obertribunal in dem gedachten Erkenntnis ausgeführt hat, daß sich von dem eine bestimmte Alternative eines kontroversen Rechtssatzes annehmenden Gerichtsgebrauch niemals behaupten lasse, daß er gegen klare Gesetze verstoße. Damit wäre denn die Änderung einer auf Rechtsirrtum beruhenden langen und konstanten Praxis überhaupt ausgeschlossen, was gegen die klare Vorschrift der l. 39 Dig. de legib. 1. 3 verstoßen würde:

quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est, in aliis similibus non obtinet.

Dieser Satz folgt aus der Natur der Sache, da eine Gewohnheit, welche erweislich lediglich die Folge eines Irrtums ist, nicht Ausdruck und Kennzeichen eines gemeinsamen Rechtswillens sein kann, auf welchem doch allein ihre rechtserzeugende Kraft beruht.

Daß aber der hier in Rede stehende Satz, es könnten unständige Servituten nur durch unvordenkliche Verjährung erworben werden, aus abweichenden deutschen Rechtsanschauungen erwachsen und auf Grund derselben unabhängig vom römischen Recht zuerst eingeführt sei, davon findet sich keine Spur. Vielmehr läßt sich wohl bei wenigen Rechtssätzen so überzeugend, wie bei diesem nachweisen, daß er nicht unabhängig vom römischen Recht entstanden sein kann. Denn in Deutschland hat sich die ganze Lehre von den Servituten erst nach Einführung des römischen Rechts entwickelt, und namentlich war hier früher die Unterscheidung von servitutes continuae und discontinuae ebenso un-

[1] Vgl. a. Entsch. des R.O.H.G.'s Bd. 15 Nr. 41 S. 125; Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 1 Nr. 120 S. 326. D. R.

bekannt, wie das Institut der unvordenklichen Verjährung. Man kannte überhaupt keinen Erwerb, sondern nur eine Erlöschung von Rechten durch Verjährung von Jahr und Tag (vgl. Gerber, Privatrecht §§. 101 und 144; Eichhorn, Einleitung §. 176). Es kann daher keinem Zweifel unterliegen, daß der hier streitige Grundsatz in Deutschland überhaupt erst durch das römische Recht bekannt geworden ist und seine Einführung in die Praxis lediglich der gesetzlichen Autorität desselben verdankt.

Die älteren gemeinrechtlichen Juristen berufen sich für denselben denn auch niemals auf ein deutsches Gewohnheitsrecht, sondern stets nur auf (ganz bestimmte) Stellen der römischen Gesetzbücher, namentlich auf l. 4 pr. Dig. de servit. 8, 1; l. 1 §. 23 und l. 2 pr. Dig. de aqua et aquae pluviae arc. 39, 3; l. 26 eod. und l. 3 §. 4 Dig. de aqua quotid. 43, 20. Auch ist es nicht gelungen, irgend eine Entscheidung des Tribunals zu Wismar zu ermitteln, welche sich auf ein partikuläres Gewohnheitsrecht stützte, vielmehr erwähnt das bei Mevius decis. Vism. P. IX dec. 164 mitgeteilte Erkenntnis jenes Gerichtshofes vom 4. März 1668 ohne irgend eine Andeutung des Daseins eines solchen Gewohnheitsrechts lediglich die gemeinrechtliche Kontroverse, und es wird der Ansicht, daß unvordenkliche Verjährung erforderlich sei, als der billigeren und von den meisten Juristen, sowie dem Reichskammergericht angenommenen, der Vorzug gegeben. Diese Begründung beweist, daß dem Tribunal zu Wismar von einem deutschen Gewohnheitsrecht nichts bekannt gewesen sein kann, da solches sonst gewiß nicht unerwähnt geblieben sein würde.

Auf ein partikuläres Gewohnheitsrecht (im Gegensatz zum gemeinen Recht) hat sich erst das spätere Appellationsgericht in Greifswald bezogen, nachdem die Unrichtigkeit der bisherigen Auslegung der römischen Stellen in der Wissenschaft allgemeine Anerkennung gefunden hatte, eine Bezugnahme auf das gemeine Recht also nicht mehr möglich war. Jene Bezugnahme beruhte aber auf der irrtümlichen Annahme, daß ein Gewohnheitsrecht sich bereits gebildet habe, und es konnte daher durch die demnächst allerdings mit Bewußtsein vom römischen Recht abweichende andauernde Gerichtspraxis ein solches nicht entstehen.

Bilden hiernach die römischen Gesetze die alleinigen Normen für die Entscheidung der vorliegenden Frage, so darf auch nur deren wahrer Sinn maßgebend sein. Es ist aber gegenwärtig, namentlich seit den Ausführungen Savigny's (System, Bd. 4 S. 480 flg.) der Wissenschaft

so allgemein anerkannt, daß der hier in Rede stehende Rechtssatz durch die oben angeführten Stellen nicht nur keine Unterstützung findet, sondern im Gegenteil durch den klaren Ausspruch der von einer unständigen Servitut handelnden l. 3 Dig. de itinere 43, 19 widerlegt wird, daß ein näheres Eingehen auf die Sache hier unterbleiben kann.

Hiernach erscheint der von der Nichtigkeitsbeschwerde dem Appellationsrichter gemachte Vorwurf der Verletzung der Rechtsgrundsätze, daß ein lediglich auf Mißverständnis gemeinrechtlicher Rechtsquellen beruhender, konstanter Gerichtsgebrauch partikuläres Gewohnheitsrecht zu erzeugen nicht vermöge, und daß nach dem auch in Neuvorpommern geltenden gemeinen Recht zur Ersitzung unständiger Servituten die ordentliche Verjährung von 10 resp. 20 Jahren genügt, begründet."

# III. Preußisches Recht.

## 60. Verkauf einer Kuh an einen Fleischer zum Schlachten und Weiterverkauf in seinem Gewerbe. — Wandelungsklage in einem solchen Falle.

I. Civilsenat. Urt. v. 30. Juni 1880 i. S. M. P. (Bekl.) w. R. H. (Kl.) Rep. I. 210/80.

I. Kreisgericht Stargard.
II. Oberlandesgericht Stettin.

Gründe:

„Die Richter erster und zweiter Instanz nahmen an, daß eine Wandelungsklage angestrengt sei. Dieselben führten (im wesentlichen übereinstimmend) aus, daß, auch im Falle solches nicht ausdrücklich verabredet sein sollte, doch (nach den konkreten Umständen des Falles) anzunehmen sei, daß die Parteien bei dem Abschluß des Kaufvertrages davon ausgegangen seien, Kläger kaufe die Kuh zum Schlachten und Weiterverkauf in seinem Gewerbe; unter dieser Voraussetzung liege nicht in dem Schlachten der Kuh, sondern in der auf Anordnung der Polizeibehörde erfolgten Überführung des Kadavers zur Scharfrichterei und Vernichtung des Kadavers durch den Scharfrichter der Untergang oder die wesentliche Veränderung des Kaufgegenstandes, welche also nicht eine Folge des Schlachtens, sondern der Gesundheitsgefährlichkeit des Fleisches, die letztere aber wiederum eine Folge der im konkreten Falle (nach gesetzlicher Vermutung) schon vor dem Verkauf und der Übergabe an den Kläger bestandenen Krankheit der Kuh gewesen sei, während die Gesundheit der Kuh bei dem Kaufe stillschweigend vorausgesetzt wäre. Es sei daher die angestrengte Wande-

lungsklage nach den Bestimmungen des A.L.R. I. 5. §§. 319. 335. 326. 331 wohl begründet, und der Käufer keineswegs mit Rücksicht auf die Vorschrift der §§. 327. 328 desselben Titels nur berechtigt, die Minderwertsklage anzustrengen.

Gegen die Entscheidung zweiter Instanz hat der Beklagte die Nichtigkeitsbeschwerde eingelegt mit dem Antrage, nach Vernichtung jener Entscheidung (auf Appellation des Beklagten) das Urteil erster Instanz dahin abzuändern, daß die angebrachte Wandelungsklage abzuweisen. Die Beschwerde ist gegründet auf angebliche Verletzung der §§. 285. 291. 319 flg., 326. 327 A.L.R. I. 5 und §. 199 A.L.R. I. 11.

Diese Nichtigkeitsbeschwerde scheitert schon daran, daß der Appellationsrichter den Vertragswillen der Parteien thatsächlich so auffaßt und feststellt, daß nach diesem Willen der Kaufgegenstand nicht die Kuh als zum Fortleben bestimmte Sache gewesen sei. War das Wesen des Kaufgegenstandes so geartet, so ist dessen Wesen durch das Schlachten nicht vernichtet, auch nicht wesentlich verändert, vielmehr ward allerdings unter der festgestellten thatsächlichen Voraussetzung eine solche wesentliche Veränderung erst durch die Thätigkeit des Scharfrichters herbeigeführt; diese aber war notwendig geworden, also verursacht durch den vor der Übergabe bestehenden redhibitorischen Fehler; daß aber im letzteren Falle nach allgemeinen Principien die §§. 327. 328 A.L.R. I. 5 keine Anwendung finden, ist mit Recht in der konstanten Judikatur des preußischen Obertribunales und Reichsoberhandelsgerichts angenommen worden.

Es kann daher in dem vorliegenden Falle dahingestellt bleiben, ob nicht selbst rechtsgrundsätzlich anzunehmen sei, daß die §§. 327. 328 A.L.R. I. 5 niemals anwendbar seien, falls die Unmöglichkeit der Rückgabe des mit dem redhibitorischen Fehler behafteten Kaufgegenstandes, sei es überhaupt, sei es in wesentlich unverändertem Zustande nur durch eine solche Verfügung des Käufers über jenen Gegenstand herbeigeführt ist, welche lediglich in einer (die Entdeckung des redhibitorischen Fehlers erst herbeiführenden, mit einem Vermögensvorteil für den Käufer nicht verknüpften) Bethätigung der seitens des Käufers bei dem Kaufvertragsabschlusse (in für den Verkäufer klar gelegter Weise) bezweckten Verwendung des Kaufgegenstandes bestanden hat.

Vgl. Striethorst's Archiv Bd. 45 S. 286 flg.; Entsch. des R.O.H.G.'s Bd. 12 Nr. 117 S. 416 flg.

In dem vorliegenden Falle genügt es zur Zurückweisung der Nichtigkeitsbeschwerde, daß in der Subsumtion des von ihm unangefochten festgestellten Thatbestandes durch den Appellationsrichter eine Verletzung der in der Nichtigkeitsbeschwerde als verletzt bezeichneten Gesetze in keiner Weise erfindlich ist."

---

## 61. Ist die Anwendbarkeit der Kabinetsordre vom 30. April 1847 ausgeschlossen, wenn bewegliche Gegenstände nicht zum Zwecke des Verkaufes, sondern zum Zwecke der Verwendung durch den Käufer gekauft werden?

IV. Civilsenat. Urt. v. 25. Oktober 1880 i. S. H. (Bekl.) w. F. (Kl.) Rep. IV. 520/80.

I. Landgericht Magdeburg.
II. Oberlandesgericht Naumburg.

Das Reichsgericht hat die obenstehende Frage verneint aus folgenden

Gründen:

„Die Entscheidung des Berufungsgerichts beruht auf dem Satze: „Es sind unter den im kaufmännischen Verkehre abgeschlossenen Kauf- und Lieferungsverträgen im Sinne der Kabinetsordre vom 30. April 1847 nur solche zu verstehen, durch welche bewegliche Sachen zu dem Zwecke gekauft werden, um sie als Ware, sei es in unveränderter Gestalt, sei es nach Verarbeitung oder Veredelung zu einer anderen Ware wieder zu verkaufen, nicht aber auch solche, durch welche der Käufer bewegliche Gegenstände erwirbt, um sie zu seinem eigenen Bedarf in seinem Haushalt, seiner Wirtschaft, seinem Gewerbe oder zu sonstigen Zwecken zu verwenden."

Dieser Satz kann nicht als richtig anerkannt werden.

Zu dessen Begründung nimmt der Berufungsrichter auf die Rechtsprechung des Königlich preußischen Obertribunales Bezug. In dieser Beziehung ist zu bemerken:

Der fünfte Senat des Obertribunales ist bei seinen Entscheidungen allerdings von dem aufgestellten Satze ausgegangen (Striethorst Archiv Bd. 52 S. 265, Bd. 58 S. 263), und auch der sechste Senat

legt in dem Urteile vom 8. Oktober 1874 besonderes Gewicht darauf, ob der Ankauf zum Zwecke einer weiteren Veräußerung oder zum eigenen Gebrauch geschehe (Entsch. Bd. 73 S. 150). Der erste Senat dagegen hat gelegentlich einer Entscheidung über eine Stempelstrafe in dem Urteil vom 5. Februar 1848 ausgesprochen, daß die Kabinetsordre vom 30. April 1847 Anwendung finde, wenn ein Kaufmann einem Posthalter Hafer für seine Pferde verkaufe (Entsch. Bd. 16 S. 153).

Demnächst hat das Obertribunal in einem dem vorliegenden entsprechenden Falle — es hatte ein Kaufmann Lieferungen für das Militär übernommen — in dem Urteile vom 20. Januar 1865 unter Berücksichtigung der eingesehenen Akten des Finanzministeriums dargelegt, daß die aus denselben ersichtliche Entstehungsgeschichte gedachter Kabinetsordre keineswegs die Ansicht bestätige:

daß dieselbe nur auf den Ankauf zum Wiederverkauf zu beziehen sei, und daß man von der Ansicht ausging:

Was sprachgebräuchlich als ein im kaufmännischen Verkehre abgeschlossenes Kauf- oder Lieferungsgeschäft gelte, solle ein solches auch im Sinne der neuen Verordnung sein.

Es erachtete demgemäß gedachte Kabinetsordre für anwendbar, weil der Lieferant die Verträge als Kaufmann abgeschlossen und das Lieferungsgeschäft in den Bereich seines Gewerbes falle (Entsch. Bd. 54 S. 369; zu vergleichen auch Striethorst Archiv Bd. 56 S. 327 flg.).

Aus demselben Grunde hat es in dem Urteil vom 2. Februar 1874 angenommen, daß die Kabinetsordre vom 30. April 1847 auf Armeelieferungsverträge anwendbar ist (Striethorst Archiv Bd. 91 S. 81).

Es mußte der Ansicht des ersten Senats des Obertribunals beigetreten werden.

Nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch muß unter einem im kaufmännischen Verkehre abgeschlossenen Kauf- und Lieferungsgeschäft insbesondere verstanden werden die von einem Kaufmanne vorgenommene Veräußerung der nach seinem Geschäft zur Veräußerung bestimmten Waren, denn gerade in dem Ankaufe und Verkaufe von Waren besteht ja das Wesen des kaufmännischen Verkehres. Daß nur eine solche Warenveräußerung, welche eine Weiterveräußerung seitens des Erwerbers bezweckt, unter den Begriff des Kauf- und Lieferungsvertrages im kaufmännischen Verkehre falle, dafür ist in der Kabinetsordre vom 30. April

1847 kein Anhalt zu finden. Da nun im vorliegenden Falle der Kläger in dem Bereiche seines kaufmännischen Verkehres die Lieferung an die Geschützgießerei zu Spandau übernommen hat, so mußte gedachte Kabinetsordre für anwendbar erachtet werden."

---

## 62. Finden die §§. 342 flg. A.L.R. I. 14 auf den Regreßanspruch des Wechselbürgen Anwendung?

I. Hilfssenat. Urt. v. 12. Oktober 1880 in S. B. (Bekl.) w. K. (Kl.) Rep. IVa. 147/80.

I. Kreisgericht Wittenberg.
II. Oberlandesgericht Naumburg.

Der Fabrikant G. hatte zwei Vorschußvereinen gegen empfangene Vorschüsse mehrere Wechsel ausgestellt, der Beklagte B. dieselben mitunterzeichnet, und zwar auf Grund selbschuldnerischer Bürgschaft, zu der er sich gegen G. verpflichtet hatte. G. hatte dem B. hierfür Deckung gewährt, anfangs durch eine Kautionshypothek, später — nach deren Realisierung — durch ihren Barbetrag. Einen Teil der Wechsel hatte B. kraft seiner Mitunterschrift einlösen müssen, und er hatte sich an der Deckung erholt; nach abgewickeltem Geschäft aber sollte ein Rest der letzteren im Betrage von 2 676 Mark in seiner Hand verblieben sein. Auf dessen Herausgabe vom Cessionar des G. belangt, wendete er ein, daß er außer den unstreitig eingelösten Wechseln auch noch am 13. Mai 1878 einen der von ihm mitunterzeichneten Wechsel über 2 850 Mark gegen dessen Aushändigung an den Wechselgläubiger bezahlt habe. Der Kläger bestritt dies und behauptete, diesen Wechsel habe G. selbst schon am 22. Januar 1878 eingelöst; freilich habe G. unterlassen, sich den bezahlten Wechsel ausfolgen zu lassen, aber dem Beklagten sei schon vor dem 13. Mai dess. Js. von der erfolgten Zahlung Kenntnis gegeben.

Der Appellationsrichter, feststellend, daß die Zahlung durch G. selbst in der That am 22. Januar 1878 geschehen sei, verurteilte den Beklagten klagegemäß, weil dessen angebliche Zahlung unter Vernachlässigung der in den §§. 342 flg. A.L.R. I. 14 gegebenen Vorschriften bewirkt sei, der Beklagte also allen Einreden weichen müsse, die der

Hauptschuldner G., wenn er aus jenem Wechsel vom Wechselgläubiger belangt würde, diesem entgegenstellen könne; auf die angebliche Kenntnis des Beklagten von der früheren Zahlung komme es sonach nicht an.

Das Appellationsurteil wurde vernichtet und die Sache zur Beweisaufnahme über diese Kenntnis in die zweite Instanz zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

„Die §§. 342 flg. A.L.R. I. 14 enthalten über den vom Bürgen, der die Schuld gezahlt hat, an den Hauptschuldner zu nehmenden Regreß wesentlich andere Bestimmungen, als das gemeine Recht. Das letztere versagt dem Bürgen, der an den Gläubiger Zahlung geleistet hat, nachdem die Schuld bereits vom Hauptschuldner getilgt worden, die actio mandati contraria gegen den Hauptschuldner nur, wenn der Bürge bei seiner Zahlung von der bereits erfolgten Zahlung Kenntnis erhalten hatte, und verlangt vom Hauptschuldner die Benachrichtigung des Bürgen von der erfolgten Zahlung, damit vermieden werde, daß der Gläubiger vom Bürgen nochmals Zahlung mit Erfolg fordere (l. 19 pr. §. 2 Dig. mand. 17, 1). Das A.L.R. dagegen verlangt vom Bürgen, der zur Zahlung aufgefordert wird, daß er sich um die Einwilligung des Hauptschuldners in die Zahlung bemühe, und daß er es, wenn er eine schriftliche Einwilligung nicht habe erhalten können, auf den Prozeß ankommen lasse, — giebt auch dem Hauptschuldner der Regreßklage des Bürgen gegenüber, welcher ohne Beobachtung der gedachten Obliegenheit gezahlt hat, alle Einwendungen, welche der Hauptschuldner dem Gläubiger würde haben entgegensetzen können.

Die Anwendbarkeit der landrechtlichen Bestimmungen auf die durch Mitunterschrift eines Wechsels übernommene Bürgschaft kann an sich dadurch nicht als ausgeschlossen gelten, daß der Wechselverkehr in höherem Grade als der sonstige Rechtsverkehr es mit sich bringt, daß, sowie der Berechtigte darauf rechnet, am Verfalltage pünktlich Zahlung zu erhalten, so der Verpflichtete sich darauf gefaßt machen muß, nach Eintritt der Fälligkeit bei Präsentation des Wechsels Zahlung zu leisten. Ebensowenig ist der bisher in Geltung gewesene Wechselprozeß mit seinen strengeren Formen und kürzeren Fristen mit der Anwendung jener Bestimmungen schlechthin unverträglich. Auch läßt sich aus der formalen Natur der Wechselobligation, die sich insbesondere darin kundgiebt, daß der Wechselbürge dem Gläubiger gegenüber auf die Rechtswohlthaten, welche der Civilbürge dem Gläubiger gegenüber hat, keinen

Anspruch machen kann, kein sicherer Schluß auf die Unanwendbarkeit der fraglichen Rechtsnormen machen. Endlich steht auch die besondere Bedeutung, welche der Wechselurkunde im Gegensatze zu anderen Schuldurkunden für die Realisierung und Übertragbarkeit der Wechselforderung beiwohnt, und die ihr die Bezeichnung eines Trägers der Obligation verschafft hat, der Anwendung jener Rechtssätze nicht notwendig entgegen.

Wenn aber auch diese Erwägungen an und für sich die in Rede stehenden Vorschriften noch nicht als unanwendbar erscheinen lassen, so sind sie doch von erheblichstem Einflusse auf die rechtliche Beurteilung des zwischen dem Hauptschuldner und dem Bürgen zustande gekommenen Vertrages, auf Grund dessen die Bürgschaftsübernahme erfolgt ist, und sie machen es notwendig, den Vertragswillen der Kontrahenten dahin aufzufassen, daß der Bürge, von dem nach eingetretener Fälligkeit bei Vorlegung des von ihm mitunterschriebenen Wechsels die Zahlung der Wechselsumme verlangt wird, unter der Voraussetzung, daß er von den Umständen, die ihm eine Einrede gegen die Klage auf Zahlung geben würden, keine Kenntnis erhalten, als vom Hauptschuldner mit wechselmäßiger Zahlung an den Wechselgläubiger beauftragt angesehen werden müsse. Die Folge davon ist, daß ihm aus der Zahlung trotz der inzwischen erfolgten, aber ihm unbekannt gebliebenen Tilgung der Schuld die Regreßklage gegen den Hauptschuldner ebenso zusteht, wie das gemeine Recht dem Bürgen in gleichem Falle die actio mandati contraria giebt.

Hieraus folgt weiter, daß der dem Appellationsrichter gemachte Vorwurf, die Natur und den wesentlichen Charakter des zur Beurteilung vorliegenden Rechtsgeschäftes verkannt zu haben (Nr. 9 der Instruktion vom 7. April 1839), in gleicher Weise begründet ist, wie der Vorwurf der Verletzung der §§. 342 flg. A.L.R. I. 14 durch unrichtige Anwendung. Darnach unterliegt das Urteil zweiter Instanz der Vernichtung."

---

**63. 1. Sind die schlesischen Landschaften verpflichtet, betreffs der bei der Kaufgelderbelegung entstehenden Streitigkeiten auf den Rechtsweg sich einzulassen?**

Allerh. Kab.-Ordre v. 29. August 1769; Reglement v. 9. Juli 1770 I. 1. §§. 6—8; III. 5. §. 36; A.G.O. I. 50. §. 287; Reskript v. 12. November 1835 (v. Kamptz, Jahrb. Bd. 46 S. 521); Verordn. v. 28. Dezember 1840. Beschlüsse v. 1846 Nr. X.

**2. Rechtliche Natur des Amortisationsfonds der schlesischen Landschaften. Verfügungsbefugnis des Besitzers verpfandbriefter Güter über deren Anteil am Amortisationsfonds.**

II. Hilfssenat. Urt. v. 20. September 1880 i. S. Schl. (Kl.) w. Glogau-Saganer Fürstentumslandschaft (Bekl.). Rep. Va. 435/79.

I. Kreisgericht Guhrau.
II. Appellationsgericht Glogau.

Das zur notwendigen Subhastation gebrachte Rittergut H. war von der beklagten Landschaft beliehen. Diese liquidierte bei der Kaufgelderbelegung den Gesamtbetrag der Pfandbriefsdarlehne im Betrage von 148 980 Mark, und sollte dieser ganze Betrag dem Adjudikatar als Darlehn belassen werden. Kläger erhob Widerspruch bezüglich eines Betrages von 14 067 Mark 89 Pf., indem er behauptete, daß der Subhastat, Gutsbesitzer v. Gr., einen so hohen Betrag durch Amortisation getilgt und ihm, dem Kläger, den amortisierten Betrag cediert habe. Demgemäß verlangte er Zahlung von 14 067 Mark 89 Pf. aus den Kaufgeldern. Infolge dieses Widerspruchs ist mit der streitigen Masse eine Specialmasse gebildet, und hat der Kläger seinen Anspruch nunmehr klagend geltend gemacht. Die Beklagte hat den Einwand der Unzulässigkeit des Rechtswegs erhoben und event. den Anspruch des Klägers bestritten, weil dem Subhastaten ein Verfügungsrecht über den bisher amortisierten Betrag überhaupt nicht zugestanden habe.

In erster Instanz ist die Specialmasse dem Kläger, in zweiter Instanz ist sie der Beklagten zugesprochen. Auf Revision des Klägers ist das zweite Erkenntnis bestätigt aus folgenden

Gründen:

„1. Die Einrede der Unstatthaftigkeit des Rechtswegs ist verfehlt. Wenn auch die Privilegien der Landschaften durch die neue Gesetzgebung nur soweit beseitigt sind, als sie ausdrücklich aufgehoben worden, so hat doch ein Privilegium der schlesischen Landschaften des Inhalts, daß ihre Liquidate im Subhastationsprozesse seitens Dritter im Pro-

zeßwege nicht angefochten werden könnten, niemals bestanden. Ihre Privilegien betreffen vielmehr zunächst nur den Konkurs, indem sie in einen solchen über das Vermögen des Besitzers bepfandbriefter Güter sich nicht einzulassen brauchen. Als Privileg besteht dieses Recht seit der Verordnung vom 28. Dezember 1840 nicht mehr, da nach dieser überhaupt kein Realgläubiger in den Konkurs sich einzulassen verpflichtet ist. Wenn daher das Reskript vom 12. November 1835 (v. Kamptz, Jahrbücher Bd. 46 S. 521) das damalige Privileg auf jedes Liquidationsverfahren ausdehnen will, so findet dasselbe in der Allerhöchsten Kabinetsordre vom 29. August 1769 Abs. 19, im Reglement vom 9. Juli 1770 T. I T. 1 §§. 6—8, T. III T. 5 §. 36 und im §. 287 A.G.O. I. 50 — den einzigen diese Frage betreffenden Bestimmungen — keine gesetzliche Unterlage. Für die Subhastation bestimmt das Publikandum vom 30. August 1810 (Deklaration von 1824 Nr. LXXXIV) nur, daß dieselbe ohne vorgängiges Erkenntnis gegen den Gutsbesitzer beantragt werden kann. Die sonstigen Privilegien wegen Beitreibung der jährlichen Zahlungen und Überwachung der Güter (vergl. Regulativ von 1858 §. 10) stehen mit dem Rechtsweg in Bezug auf die Liquidation bei der Subhastation in keinem Zusammenhang. Die Beschlüsse von 1846 Nr. X (S. 47) schließen denselben ebensowenig aus. Lediglich innerhalb der landschaftlichen Korporation ist der ordentliche Rechtsweg ausgeschlossen. Dieses trifft also nur auf Streitigkeiten zu, welche zwischen der Korporation und deren Mitgliedern entstehen. Vorliegend aber hat der Subhastat mit dem Zuschlag des Guts aufgehört, Mitglied der Korporation zu sein, und macht auch ein Dritter auf einen Teil des Liquidats der Landschaft Anspruch. In Bezug hierauf kann diesem der Rechtsweg nicht versagt werden. Hierzu kommt, daß die Subhastation nur im gerichtlichen Verfahren nach Vorschrift der Subhastationsordnung vom 15. März 1869 erfolgen konnte und erfolgt ist, und daß Streitigkeiten, welche bei der Kaufgelderbelegung entstehen, nur nach Vorschrift der Subhastationsordnung, mithin nur im ordentlichen Rechtsweg zum Austrag gebracht werden können.

2. In der Sache selbst behauptet Kläger, zufolge Cessionen vom 25. April 1877 und 29. April 1878, welche er vom Subhastaten erhalten hat, ein Recht auf die Anteile desselben am Amortisationsfonds der Beklagten, welcher auf dem Conto des Subhastaten als Besitzers des bepfandbrieften Ritterguts Heinzendorf angesammelt ist,

erlangt zu haben. Ein Anspruch hierauf würde nur dann begründet sein, wenn dem Subhastaten zur Zeit der Cession ein Veräußerungsrecht betreffs des Amortisationsfonds zustand. Derselbe war zwar zur Zeit der Cessionen noch Eigentümer des Guts, da der Verkaufstermin am 30. April 1878 anstand. Aber, abgesehen davon, daß nicht feststeht, aus welchen Zahlungen des Subhastaten der Amortisationsfonds gebildet ist, finden die Grundsätze von der Eigentümerhypothek, Gesetz vom 5. Mai 1872 über den Eigentumserwerb ꝛc §§. 63—66, auf die Pfandbriefe der schlesischen Landschaft bezüglich des Amortisationsfonds der schlesischen Landschaften keine Anwendung. Die Reglements sind Kontraktsgesetz zwischen den Beteiligten, also zwischen der Landschaft und dem Besitzer des bepfandbrieften Guts. Nach dem am 20. Mai 1839 allerhöchst bestätigten Regulativ von 1839 Art. XXVII und dem am 22. November 1858 bestätigten Regulativ von 1858 §. 16 ist, abweichend von den Statuten anderer Landschaften, insbesondere der alten Posener, der Anteil jedes Gutsbesitzers an dem Amortisationsfonds ein Zubehör des Guts, welches mit diesem auf jeden neuen Besitzer übergeht. Zwar kann er über denselben in einer näher bestimmten Weise — Wiederbenutzung, s. u. — verfügen. Außerdem kann der Fonds ohne das Gut weder abgetreten, noch aus anderen Titeln von einem Dritten, insbesondere weder von den Hypothekengläubigern, noch sonst im Wege der Exekution in Anspruch genommen oder mit Beschlag belegt werden. Die zulässige Benutzung besteht, wenn, wie vorliegend, der Fonds nicht die Höhe des ganzen Darlehns erreicht hat oder dieses getilgt ist, nur darin, daß der Gutsbesitzer nach Verhältnis seines Pfandbriefsbestandes an alten Pfandbriefen und Pfandbriefen litt. A. einen persönlichen Kredit bei der Landschaft in Anspruch nehmen, und daß er, wenn wenigstens der zehnte Teil seiner Schuld in dem Fonds angesammelt, oder, wenn er wenigstens den zehnten Teil derselben aus anderen Mitteln abgelöst hat, die Abschreibung von der Schuld und die Löschung, oder die Cession ohne die landschaftlichen Privilegien mit der Stelle hinter dem verbleibenden Betrage der Schuld, oder endlich anstatt und in Höhe des angesammelten Betrages ein neues landschaftliches Darlehn ohne neue Abschätzung verlangen kann. Aber auch diese Benutzungsart fällt fort, wenn der Amortisationsfonds Pfandbriefe litt. C. betrifft (Beschlüsse des dreizehnten Generallandtages vom Jahr 1871 I Nr. 9. 13,

bestätigt durch Allerhöchsten Erlaß vom 22. Januar 1872 [Gesetzsammlung S. 97], Regulativ von 1858 §. 14). In Betracht kommt hier nur der Anspruch auf Cession seitens der Landschaft. Nur wenn diese erfolgt ist, erhält der Gutsbesitzer das Verfügungsrecht, nicht aber über den Amortisationsfonds, sondern über denjenigen Teil des Pfandbriefsdarlehns, welcher cediert ist. Der Anspruch an den Amortisationsfonds ist mit der Cession durch Aufrechnung erloschen, kann daher in diesem Fall nicht mehr Gegenstand einer Cession seitens des Gutsbesitzers sein. Eine Cession des entsprechenden Teils des Pfandbriefdarlehns seitens der Beklagten ist aber nicht behauptet. Die dem Kläger erteilten Cessionen waren danach unzulässig und gegenstandlos. Damit entfällt der von ihm in der Klage geltend gemachte Klagegrund. Denn auch die Behauptung, daß Subhastat das ganze Pfandbriefsdarlehn mit seinen Mitteln vollständig abgelöst habe, nämlich aus den Kaufgeldern für das subhastierte Gut, ist an sich hinfällig. Schon vorher ging ohne weiteres mit dem Zuschlag das Anrecht am Amortisationsfonds auf den Adjudikatar über. Daher komte, selbst wenn bei der späteren Kaufgelderbelegung die Pfandbriefsschuld durch Zahlung erloschen wäre, dieses doch nichts an den wohlerworbenen Rechten des Adjudikatars an dem Amortisationsfonds ändern. Das in der Audienz der Revisionsinstanz geltend gemachte Argument, der Adjudikatar habe sich mit dem Schaden des Subhastaten bereichert, wenn er den Anspruch auf den Amortisationsfonds miterworben habe, trifft schon deshalb nicht zu, weil das Kaufgeld den Preis nicht nur für das Gut, sondern auch für dessen Zubehörungen, also auch für den Anteil am Amortisationsfonds, darstellt. Bei der Unbegründetheit des Klagegrundes ergiebt sich aber das in der Klage geltend gemachte Widerspruchsrecht gegen die Befriedigung der Beklagten auf das ganze Pfandbriefskapital als völlig haltlos.

In der Replik ändert Kläger die Begründung des Widerspruchsrechts dahin, daß Beklagte auf ihr Pfandbriefsdarlehn durch die Amortisation teilweise befriedigt sei, daher nur den Rest habe liquidieren können, während ihm, dem Kläger, der getilgte Teil durch Cession der Eigentümerhypothek zustehe. Aber auch dieses ist irrig. Nach den vorgedachten landschaftlichen Bestimmungen wirkt die Ansammlung des Amortisationsfonds nicht von selbst (ipso facto) eine Tilgung der Pfandbriefsschuld in Höhe des Fonds. Vielmehr besteht letzterer als ein

selbständiges Aktivum des Gutsbesitzers, wogegen die Pfandbriefsschuld in voller Höhe so lange bestehen bleibt, bis der Betrag des Fonds der Pfandbriefsschuld gleichkommt, und auf Verlangen des Schuldners der Pfandbriefsbestand zur Abstoßung der Pfandbriefsschuld verwendet ist, oder bis eine Aufrechnung in der oben beschriebenen Art stattgefunden hat. Keines von beiden ist der Fall. Vielmehr war Beklagte bei der Kaufgelderbelegung Gläubigerin der ganzen Pfandbriefschulden."

---

## 64. Bedeutung des Ausdruckes „Grundsteuer" im weiteren und engeren Sinne.

Finanzedikt v. 27. Oktober 1810; Grundsteuergesetz v. 21. Mai 1861 §. 1; A.L.R. I. 4. §§. 65. 66.

II. Hilfssenat. Urt. v. 20. September 1880 i. S. Fiskus (Kl.) w. G. (Bekl.) Rep. Va. 390/79.

I. Kreisgericht Striegau.
II. Appellationsgericht Breslau.

Aus den Gründen:

„Das preußische Edikt vom 27. Oktober 1810 über die Finanzen des Staats u. s. w. (Gesetzsammlung S. 25) kündigte eine gänzliche Reform des Abgabensystems, insbesondere die Anlegung eines neuen Katasters an, um nach demselben die Grundsteuer zu bestimmen, mit welcher auch die bisher befreiten Grundstücke, namentlich die Domänen, belegt werden sollten.

Mittelst Kaufkontrakts vom 27. Januar 1813 verkaufte der klagende Domänenfiskus das schlesische Gut Järischau der Frau Geheimen Staatsrat von B. Offenbar mit Rücksicht auf die neue Regelung der Grundsteuer, welche nach dem gedachten Finanzedikte in Aussicht stand, wurde im §. 9 dieses Kontrakts, unter Eintragung eines entsprechenden Vermerks im Grundbuche des verkauften Guts, wörtlich bestimmt:

„Da die vormalige höhere Grundsteuer auf 28 1/3 Prozent des katastrierten Ertrags als den in Schlesien bestehenden Dominialdivisor herabgesetzt worden ist, so sind von dem Gute Järischau excl. Goldagio und Quittungsgroschen nur 378 Thlr. 15 Gr. an jährlicher Steuer zu entrichten.

Dieses Quantum findet keine Ermäßigung, wenn sich auch bei Berechnung der $28^1/_3$ Prozent ein anderes Quantum ergeben sollte, sowie sich auch die Frau Käuferin die Herabsetzung oder Erhöhung der Steuern gegen Nachzahlung oder Rückzahlung des verhältnismäßigen Teils der Kaufsumme, den jährlichen Betrag mit 4 Prozent zum Kapital gerechnet ..., gefallen lassen muß." ...

Erst das Gesetz vom 21. Mai 1861, betreffend die anderweite Regelung der Grundsteuer (Gesetzsammlung S. 253), wurde, wie der Eingang desselben auch hervorhebt, zur Erledigung der in dem Finanzedikte vom 27. Oktober 1810 wegen der Grundsteuer erteilten Verheißungen erlassen, nachdem die letztere inzwischen nur in einzelnen Provinzen, nicht aber in Schlesien, neu geregelt war.

Der §. 1 dieses Gesetzes bestimmt unter der Überschrift „Einteilung der Grundsteuer" wörtlich:

„Die Grundsteuer zerfällt fortan:

a) in die von Gebäuden und den dazu gehörigen Hofräumen und Hausgärten unter dem Namen „Gebäudesteuer" zu entrichtende Staatsabgabe, und

b) in die eigentliche Grundsteuer, welche mit Ausschluß der zu a bezeichneten von den ertragsfähigen Grundstücken — von den Liegenschaften — zu entrichten sind."

Die letztgedachte Steuer, m. a. W. die Landsteuer, ist nach dem bezeichneten Gesetze für das Gut Järischau zu einem jährlichen Betrage veranlagt, welcher M. 180,20 geringer ist, als die bis dahin erhobene, im §. 9 des Kontrakts vom 27. Januar 1813 bezeichnete schlesische Steuer. Der Kläger fordert daher auf Grund der erfolgten Eintragung von dem Beklagten als jetzigem Eigentümer des gedachten Guts die Nachzahlung des entsprechenden Kapitalbetrags. Allein mit Recht weist ihn der Appellationsrichter angebrachtermaßen ab, weil ein solcher Anspruch voraussetze, daß die jetzige Land- und Gebäudesteuer zusammen geringer sei, als die schlesische Grundsteuer, was von dem Kläger nicht behauptet ist.

Der Ausdruck „Grundsteuer" hat nach §. 1 des Gesetzes vom 21. Mai 1861 zwei verschiedene Bedeutungen, indem er im engeren Sinne nur die Landsteuer, im weiteren Sinne die Steuer vom Grundeigentum überhaupt bezeichnet, von welcher die Land- und Gebäudesteuer nur besondere Arten bilden.

Die Entscheidung hängt davon ab, in welchen von diesen beiden Bedeutungen der Ausdruck „Grundsteuer" im §. 9 des mehrgedachten Kontrakts von den Kontrahenten gebraucht ist; denn die Verminderung der Grundsteuer, auf welche der Klageanspruch sich stützt, würde nur dann vorliegen, wenn hier damit lediglich die, in ihrem Betrage herabgesetzte Landsteuer, im Gegensatze zur Gebäudesteuer, gemeint wäre. Jener Ausdruck ist nun in dem bezeichneten §. 9 in Wirklichkeit nur in dem weiteren Sinne der Steuer vom Grundeigentum, ohne Unterscheidung von Land- und Gebäudesteuer, zu verstehen.

Nach §§. 65 und 66 A.L.R. I. 4 soll der Sinn einer ausdrücklichen Willenserklärung nach der gewöhnlichen Bedeutung der Worte, diese aber nach der Zeit, in welcher die Erklärung abgegeben wurde, bestimmt werden.

Die Bezeichnung „Grundsteuer" war in früherer Zeit überhaupt ungebräuchlich und findet sich z. B. in v. Justi's System des Finanzwesens vom Jahre 1766 noch nicht. Vgl. daselbst S. 431 flg.

Vor der Einführung eines einheitlichen Steuersystems lastete auf dem Grundeigentum in den preußischen Provinzen eine große Zahl verschiedenartiger Realsteuern, deren mehr als hundert Arten allein in den mittleren und östlichen Provinzen bestanden. Vgl. v. Rönne, Staatsrecht der preußischen Monarchie (3. Auflage) Bd. 2 S. 360, Note 3. Nicht bloß nach der Entstehung und Art ihrer Veranlagung, sondern auch nach ihrer Benennung unterschieden sich dieselben; aber keine darunter war im Gegensatze zu anderen speciell als „Grundsteuer" bezeichnet. Viele dieser Realsteuern hafteten auf Ländereien, andere auf Häusern, und nicht bloß einzelne Grundstücke, sondern auch Landgüter als solche, mit Einschluß ihrer Pertinenzen und Realrechte, waren damit belastet.

In der Mark Brandenburg z. B. wurde der „Hufen- und Giebelschoß" von Grundstücken gehoben, — in Posen die „Ofiara" von Gütern neben einer „Rauchfangsteuer" von Gebäuden, — in Ostpreußen die „Hufen- und Domanialkontribution" und als Realsteuer der nicht kontributionspflichtigen Besitzer eine „Hausteuer".

Schimmelpfennig, Grundsteuerverfassungen in den preußischen Staaten S. 335 — 216, 218, 161, 167; Dieterici, zur Geschichte der Steuerreform in Preußen S. 219—221.

Die in Schlesien von Gütern erhobene Steuer, welche auf be-

sonderer Schätzung aller ertragsfähigen Bestandteile derselben (z. B. auch der Mühlen), sowie der Realrechte (Dienste, Gefälle, Zinsen, Pächte u. s. w.) beruhte, führte ebenfalls den Namen „Kontributibn", neben diesen aber bestand für Personen, welche nur geringe oder gar keine Kontribution zahlten, die „Hausſteuer des platten Landes" von ländlichen Gebäuden.

Schimmelpfennig a. a. O. S. 226 flg.; Dieterici a. a. O. S. 220; Striethorst Archiv Bd. 83 S. 25.

Die Realsteuer der Städte endlich bildete in den meisten Provinzen der „Servis", welcher der Regel nach auf Häusern lastete.

Schimmelpfennig a. a. O. S. 106 flg.; Dieterici a. a. O. S. 218; v. Rönne a. a. O. S. 628, Note 1.

Neben den angedeuteten verschiedenartigen Benennungen der einzelnen Realsteuern wurde in der Geschäftssprache der Ausdruck „Grundsteuer" nur zu dem Zwecke eingeführt, um deren Gattungsbegriff, die Realsteuern überhaupt im Gegensatz zu persönlichen Steuern, zu bezeichnen.

Vergl. v. Rönne a. a. O. S. 630, Note 3.

Derselbe war danach, seinem Wortsinne ganz entsprechend, mit Abgabe vom Grundeigentum oder Realsteuer lediglich gleichbedeutend und umfaßte immer zugleich die Steuern von bebauten Grundstücken, z. B. den Servis.

Vergl. v. Rönne a. a. O. S. 628, Note 1.

Auch in der älteren Gesetzessprache findet sich der Ausdruck „Grundsteuer" nur in dieser ganz allgemeinen Bedeutung.

Vor allem ist er nur so in dem Finanzedikte vom 27. Oktober 1810 gebraucht. Denn, indem dasselbe eine Reform der „Grundsteuer" in Aussicht stellte, wollte es offenbar aussprechen, daß das ganze, oben angedeutete verwickelte System der bisherigen Realbesteuerung aufgehoben und durch ein einfacheres und billigeres, vollständig neues Realsteuersystem ersetzt werden solle, grade ebenso, wie die völlige Umgestaltung der in dem gedachten Edikte unmittelbar nach der Grundsteuer erwähnten Gewerbesteuer beabsichtigt wurde.

Insbesondere waren also hier die bisherigen Hausſteuern, welche nur einen Teil des alten Systems bildeten, unter der „Grundsteuer" mitbegriffen, und wenn ein Zweifel hieran noch möglich wäre, so würde derselbe jedenfalls dadurch beseitigt werden, daß die §§. 6 und 7 des Gesetzes vom 30. Mai 1820 über Einrichtung des Abgabewesens

(Gesetzsammlung S. 134), welches sich ausdrücklich an das Finanzedikt von 1810 anschließt, den Servis als Bestandteil der Grundsteuer besonders erwähnen.

Das Grundsteuergesetz für die westlichen Provinzen vom 21. Januar 1839 (Gesetzsammlung S. 38) bezeichnet ebenfalls diesem älteren konstanten Sprachgebrauche gemäß die Gebäude lediglich als Grundsteuerobjekte (§§. 17b. 21—23), und das Gesetz über anderweite Regelung der Grundsteuer in Posen vom 14. Oktober 1844 (Gesetzsammlung S. 601) sagt in demselben Sinne, daß die dortigen alten Grundsteuern, zu denen auch die „Rauchfangsteuer" gezählt wird, unter der allgemeinen Benennung „Grundsteuern" fortzuerheben seien, indem er als grundsteuerpflichtige Gegenstände „Gebäude", „Wohngebäude" und „Bauanlagen" besonders anführt (§§. 14. 15. 21).

Wenn das allgemeine Gesetz, betreffend die anderweite Regelung der Grundsteuer, vom 21. Mai 1861 im Gegensatz zu der Gebäudesteuer die Landsteuer (die Steuer von den Liegenschaften) gegenwärtig als eigentliche Grundsteuer bezeichnet, so legt es hiernach diesem Ausdrucke eine neue engere Bedeutung neben der bisherigen allgemeineren Bedeutung desselben bei. Die letztere wird aber als die früher ausschließliche noch durch den §. 2 des gleichzeitigen Gebäudesteuergesetzes (Gesetzsammlung S. 317) insofern bestätigt, als auch hier die aufgehobenen bisherigen Abgaben von Gebäuden einfach als „Grundsteuern" bezeichnet sind.

Für die Auslegung des §. 9 des Kaufkontrakts vom 27. Mai 1813 ist dem obigen zufolge der damalige Sprachgebrauch, insbesondere der des Finanzedikts von 1810, mit welcher jene Vertragsbestimmung im unverkennbaren Zusammenhange steht, allein bestimmend, die neue Ausdrucksweise des Gesetzes vom 21. Mai 1861 also bedeutungslos. Die bezeichnete Bestimmung kann daher schon nach ihrem Wortlaut nur so verstanden werden, daß eine Erhöhung bezw. Ermäßigung des verabredeten Kaufpreises eintreten sollte, wenn das verkaufte Gut bei der bevorstehenden neuen Regelung des Steuerwesens in geringerem bezw. höherem Grade mit Realsteuer belastet würde, einerlei, in welcher Weise diese veranlagt, eingeteilt und benannt werden möchte. Da nur die jetzige Realsteuer durch die neue Grundsteuer von Liegenschaften und die Gebäudesteuer gebildet wird, so war auch zur Begründung des Klaganspruchs die Darlegung erforderlich, daß beide zusammen das ver-

kaufte Gut weniger belasten, als die bisher auf demselben haftende schlesische „Kontribution".

Der Einwand des Klägers, daß die letztere sich nicht auf Gebäude erstreckt habe, erscheint unzutreffend. Die schlesische Kontribution haftete nach dem obigen auf den Gütern als solchen, traf also wenigstens indirekt auch die Gebäude derselben, wenngleich diese bei der Ertragsschätzung der einzelnen Gutsbestandteile nicht besonders berücksichtigt wurden, was indes, z. B. bei Mühlen, also bei ertragsfähigen Gebäuden, allerdings der Fall war. Allein, selbst wenn die auf den Gütern befindlichen Gebäude von der Kontribution vollständig befreit gewesen wären, so würde dadurch doch nichts geändert, weil auch die Aufhebung der bisherigen Befreiung einzelner Grundstücke von der Realsteuer, wie sie in diesem Falle in der Einführung der neuen Gebäudesteuer läge, eine Erhöhung der Grundsteuer im Sinne des §. 9 des mehrgedachten Kontrakts enthält.

Der Wortsinn des letzteren spricht aber für die notwendige Zusammenrechnung der Land- und Gebäudesteuer um so mehr, als der im Eingange des Vordersatzes gebrauchte Ausdruck „Grundsteuer" nach den Worten des Nachsatzes für gleichbedeutend mit der von dem Gute zu entrichtenden Steuer genommen wird, hierzu aber jedenfalls eine auf die Gutsgebäude gelegte Steuer ebenfalls gehört.

Die Mitberücksichtigung einer Belastung des Guts durch Gebäudesteuer entspricht endlich der offenbaren Intention der Kontrahenten. Denn diese läßt sich nur dahin auffassen, daß eine verhältnismäßige Erhöhung oder Ermäßigung des bedungenen Kaufpreises eintreten sollte, wenn durch die in Aussicht stehende neue Regelung der Grundsteuer der Wert des verkauften Gutes gesteigert bezw. vermindert würde, was sich nur aus einer Vergleichung der gesamten neuen Realsteuer mit der bisherigen Realsteuer desselben entnehmen läßt. Jedenfalls giebt der Vertrag nicht zu erkennen, daß die Kontrahenten nur von einer künftigen Besteuerung des Landnutzungsertrages die Festsetzung des Kaufgelderbetrages hätten abhängig machen wollen."

## 65. Steht das Bett eines öffentlichen Flusses, so lange dieser, als solcher, existiert, im Eigentume der Uferbesitzer?

II. Hilfssenat. Urt. v. 23. September 1880 in S. F. (Bekl.) w. P. (Kl.) Rep. Va. 203/79.

I. Kreisgericht Meseritz.
II. Appellationsgericht Posen.

Der Beklagte nimmt als Eigentümer der Herrschaft T. das Recht in Anspruch, das in dem Bette der Obra, eines öffentlichen Flusses, wachsende Rohr und Schilf, soweit dasselbe von einem Kahne aus mit einer Sense abgeschnitten werden kann, sich anzueignen. Kläger sieht darin einen unberechtigten Eingriff in sein Eigentum. Er behauptete als Eigentümer einer an der Obra belegenen Wiese auch Eigentümer des Bettes derselben, soweit dieses durch seine Wiese begrenzt wird, bis zur Mittellinie des Flusses zu sein, und stellte daher den Antrag:

zu erkennen, daß dem Beklagten auf das an dem Ufer seiner Obrawiese wachsende Schilf und Rohr ein Nutzungsrecht nicht zustehe.

Der Beklagte beantragte Abweisung, wurde aber in den beiden Vorinstanzen nach dem Klageantrage verurteilt.

Auf die Nichtigkeitsbeschwerde des Beklagten hat das Reichsgericht das Appellationserkenntnis vernichtet und den Kläger abgewiesen.

Gründe:

„Der in der Nichtigkeitsbeschwerde gegen das zweite Urteil erhobene Vorwurf der Verletzung der §§. 225 bis 228. 244. 246. 263. 264 und 265 A.L.R. I. 9, sowie der §§. 38. 55 und 56 A.L.R. II. 15 ist begründet.

Der Appellationsrichter stützt seine Entscheidung auf die Annahme, daß das von dem Wasser bedeckte Bett eines öffentlichen Flusses im Eigentum der Adjacenten stehe. Er beruft sich zum Beweise der Richtigkeit dieser Annahme auf die Vorschriften des A.L.R.'s II. 15 und I. 9, und auf die diesen gesetzlichen Vorschriften in verschiedenen Erkenntnissen des vormaligen preußischen Obertribunals angeblich beigelegte Bedeutung. — Die Berufung auf das Erkenntnis vom 17. Januar 1873 — Striethorst, Archiv Bd. 87 S. 320 — ist verfehlt, denn in demselben wird die Frage, wem das Eigentum an dem Bette der öffentlichen Flüsse zusteht, nicht erörtert, vielmehr nur der Satz begründet:

„Der Fiskus ist nicht Eigentümer der öffentlichen Flüsse. Dieselben stehen im gemeinen Eigentum des Staats, nicht in dessen besonderem Eigentum, sie sind res publicae, nicht res fisci. Nur die von ihnen zu ziehenden einzelnen Nutzungen sind als fiskalisches Eigentum anzusehen."

Dagegen muß dem Appellationsrichter zugegeben werden, daß das Erkenntnis vom 4. November 1859 — Entscheidungen Bd. 42 S. 54 — folgende Stelle enthält:

„So lange ein öffentlicher Fluß als solcher besteht, wird zwar das Eigentum der Uferbesitzer an dem Flußbette resp. die in demselben enthaltenen Gebrauchs- und Nutzungsrechte durch das Wasser, welches das Bett bedeckt, beschränkt und gehindert: es hat jedoch der Fiskus weder das Eigentum noch den Besitz am Flußbette."

Ebenso befindet sich in der vom Appellationsrichter in Bezug genommenen Entscheidung vom 24. November 1870 — Striethorst, Archiv Bd. 81 S. 73 — der Satz:

„Das Eigentum der Uferbesitzer an dem Bette eines öffentlichen Flusses entsteht nicht erst neu in dem Zeitpunkte, wo dieses vom Wasser verlassen wird, hat vielmehr schon vorher bestanden, und ist nur, so lange und so weit dem Staate an dem darüber hinströmenden Wasser selbst vermöge dessen Regalität die Nutzungen zustehen, eingeschränkt."

Wenn jedoch in diesen Stellen der vom Appellationsrichter zur Anwendung gebrachte Grundsatz ausgesprochen sein sollte, so kann demselben aus folgenden Gründen nicht beigetreten werden.

Jedes dauernd fließende Gewässer besteht aus drei wesentlichen und notwendigen Bestandteilen: dem fließenden Wasser, dem Bette, worin dasselbe sich bewegt, und den Ufern. Diese Bestandteile zusammen bilden ein integrierendes, je nach der Größe „Strom" oder „Fluß" oder „Bach" genanntes Ganze.

Daraus folgt, daß die von dem Gesetze dem Ganzen, dem Strome, Flusse oder Bache, beigelegte rechtliche Eigenschaft allen Bestandteilen desselben beiwohnt, insoweit nicht das Gesetz über die rechtliche Qualität eines einzelnen Teiles eine besondere Vorschrift enthält.

Dies wird denn auch von den namhaften römischen Juristen ausdrücklich anerkannt, indem dieselben sich ganz entschieden darüber aussprechen, daß beim Mangel einer speciellen Bestimmung über die rechtliche

Eigenschaft des Bettes eines öffentlichen Flusses dasselbe unmöglich eine andere rechtliche Qualität, als das Wasser, haben könne.

— Pomponius in l. 30 §. 2 Dig. de adquirendo rerum dominio 41. 1.: nam et natura fluminis haec est, ut cursu suo mutato alvei causam mutet.

Gajus in l. 7 §. 5 Dig. eod.:
novus autem alveus ejus juris esse incipit, cujus et ipsum flumen, id est publicus juris gentium.

Ulpianus in l. 1 §. 7 fin. Dig. de fluminibus 43. 12.
ille etiam alveus, quem sibi flumen fecit, etsi privatus ante fuit, incipit tamen esse publicus, quia impossibile est, ut alveus fluminis publici non sit publicus. —

Das A.L.R. enthält im §. 55 II. 15 in Übereinstimmung mit dem römischen Rechte — vgl. l. 30 §. 1 Dig. de acquirendo rerum dominio — eine besondere Vorschrift über die rechtlichen Eigenschaften der Bestandteile der öffentlichen Flüsse nur in betreff der Ufer, dagegen nicht in betreff des Wassers und des Bettes derselben.

Wenn daher der, auf alle öffentlichen Flüsse sich beziehende §. 21 A.L.R. II. 14 — vgl. Entscheidungen des Obertribunals Band 58 Seite 1 flg. — verordnet:

„Die Land- und Heerstraßen, die von Natur schiffbaren Ströme — sind ein gemeinsames Eigentum des Staats",

mithin dem öffentlichen Flusse, also dem Ganzen, die Eigenschaft des gemeinen Eigentums des Staats beilegt, so kann seine Vorschrift nicht auf das Wasser allein beschränkt, sondern sie muß auf beide Bestandteile des öffentlichen Flusses, über deren rechtliche Qualität anderweitig keine Bestimmung getroffen ist, mithin sowohl auf das Flußwasser, als auch auf das Flußbett bezogen werden. Das letztere ist daher nach dem §. 21 a. a. O., ebenso wie die hinströmende Wasserwelle selbst, gemeines Eigentum des Staats, somit, weil es danach zum Gebrauch für jedermann bestimmt, also eine res communis omnium ist, eine res nullius und deshalb eine res publica.

Dagegen kann auch nichts aus den landrechtlichen Bestimmungen über den Erwerb der in einem Flusse entstehenden Insel und des vom Wasser verlassenen Flußbettes gefolgert werden.

Vergl. A.L.R. I. 9. §§. 242 flg. und II. 15 §§. 67 flg. Denn

das A.L.R. behandelt diesen Erwerb im neunten Titel und in dessen sechstem Abschnitt, rechnet denselben somit zu den unmittelbaren, d. h. zu den Erwerbungen des Eigentums, bei welchen außer dem Titel die Besitznehmung erfordert wird — A.L.R. I. 9. §. 5 — und betrachtet die insula in flumine nata und den alveus derelictus als durch die Natur oder die Kunst von außen her bewirkte Vermehrungen der Ufergrundstücke — §. 222 daselbst.

Dem entsprechend wird in den §§. 244. 263 a. a. O. den Flußnachbarn nur das nächste Recht der Zueignung der im Flusse entstandenen Insel und des durch Verkrippungen und anderen dergleichen Anstalten dem Flußbette abgewonnenen Grund und Bodens eingeräumt, auch ausdrücklich bestimmt — vgl. §§. 246. 263 daselbst —, daß zur Erwerbung des Eigentums an der Insel und an dem, dem Flußbette durch Verengung desselben abgewonnenen Grund und Boden die Besitzergreifung erforderlich ist. Aus diesen Vorschriften ergiebt sich, daß die Eigentümer der Ufer eines öffentlichen Flusses nicht Eigentümer des Flußbettes sind, so lange durch dasselbe das Wasser fließt, daß sie dasselbe vielmehr erst dann erwerben können, wenn das Wasser es verlassen und es deshalb aufgehört hat, als Flußbett zu existieren.

Dem steht endlich auch die Bestimmung des §. 270 a. a. O. nicht entgegen, denn sie handelt nur von dem Flußbette, nachdem das Wasser dasselbe verlassen und es dadurch die Eigenschaft eines Bestandteils des Flusses verloren hat, spricht mithin nicht gegen die Annahme, daß das Flußbett, so lange das Wasser dadurch fließt, und dasselbe deshalb Bestandteil des Flusses ist, eine res nullius ist.

Der Appellationsrichter hat hiernach durch seine entgegengesetzte Annahme die in der Nichtigkeitsbeschwerde als verletzt bezeichneten Gesetzesstellen unrichtig ausgelegt und angewendet, seine lediglich auf dieser Annahme beruhende Entscheidung unterliegt mithin schon deshalb der Vernichtung.

Die hierdurch eröffnete freie Beurteilung der Sache führt zur Abweisung der Klage.

Kläger gründet dieselbe auf sein Eigentum an dem Bette der nach seinen eigenen Angaben zu den öffentlichen Flüssen zu rechnenden Obra; zum Beweise seines Eigentums daran beruft er sich nur auf die Thatsache, daß er Eigentümer einer an die Obra grenzenden Wiese ist. Aus dieser Thatsache folgt aber, wie eben gezeigt ist, sein Eigentum an dem

vom Wasser bedeckten Bette der Obra nicht, seine Klage ist daher unhaltbar."

---

## 66. Steht den in dem §. 18 des preuß. Gesetzes vom 8. Juli 1875, betreffend die Ausführung der §§. 5 und 6 des Gesetzes v. 30 April 1873 wegen Dotation der Provinzial- bezw. Kommunal-Verbände (G.S. S. 497), erwähnten Provinzial-, bezw. Kommunal-Verbänden infolge Übertragung der Verwaltung und Unterhaltung der Staatschausseen die Wegebaupolizei in Bezug auf diese Straßen zu?

II. Hilfssenat. Urt. v. 4. Oktober 1880 i. S. des Grafen zu St. u. Genossen (Kl.) w. den provinzialständischen Verwaltungsausschuß der Provinz Westfalen (Bekl.). Rep. Va. 448/79.

I. Kreisgericht Warburg.

Die Kläger, die Besitzer des Rittergutes W., wollen im Besitze des Rechts sein, das Wasser, welches sich auf dem Gutshofe, namentlich aus der dort befindlichen Brauerei ansammelt, vermittels eines gemauerten Kanals durch einen dreiteiligen Durchlaß unter der A.-B. Chaussee nach der D. zu abzuleiten. Dieser dreiteilige Durchlaß war früher überbrückt; im Jahre 1864 ließ die Chausseebauverwaltung die Brücke abtragen und stellte statt dessen eine gepflasterte Mulde her, ließ aber den Durchlaß bestehen. Ende 1878 ist wieder die Mulde beseitigt, die Chaussee ist überbrückt worden, und anstatt des dreiteiligen ein zweiteiliger Durchlaß angelegt. Die Kläger behaupten, daß gerade der Teil des Durchlasses zugeworfen sei, an welchen sich ihr Kanal angeschlossen. Der jetzt vorhandene Durchlaß soll überdies ungefähr 60 cm höher liegen als die Sohle des Kanals, so daß ein Rückstau des durch diesen abfließenden Wassers nach dem Gutshofe hin eintrete. Die Kläger verlangen Schutz im Besitz des von ihnen behaupteten Wasserableitungsrechts und Wiedereröffnung des zugeworfenen Durchlasses.

Der erste Richter wies die Kläger ab.

Auf die Nichtigkeitsbeschwerde der letzteren ist das erste Erkenntnis vernichtet und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung in die Instanz zurückverwiesen.

Aus den Gründen:

„Nach der Feststellung des ersten Richters ist die A.-B. Chaussee Staatsstraße und infolge des Gesetzes vom 8. Juli 1875, betreffend die Ausführung der §§. 5 und 6 des Gesetzes vom 30. April 1873 wegen der Dotation der Provinzial- und Kreisverbände (Gesetzsammlung S. 497), dem Provinzialverbande von Westfalen überwiesen. Weiter stellt der Vorderrichter fest, daß die von den Klägern gerügte Abänderung der Abflußanlagen — der Mulde und des dreiteiligen Durchlasses — aus wegebaupolizeilichen Gründen angeordnet und im wegebaupolizeilichen Interesse ausgeführt sei. Unter Hinweis auf §. 4 des Gesetzes vom 11. Mai 1842 hält er deshalb eine Klage auf Wiederherstellung der alten Anlagen und Beseitigung der Abänderungen, namentlich auch eine Besitzstörungsklage für unzulässig. Die Befugnis, dergleichen wegebaupolizeiliche Anordnungen in Bezug auf die überwiesene Chaussee zu treffen, soll Beklagter infolge des Gesetzes vom 8. Juli 1875 überkommen haben, und, wenn dies auch in dem Gesetz nicht besonders ausgedrückt sei, so soll es doch aus den Bestimmungen desselben, namentlich aus §. 18, mit Notwendigkeit folgen.

Mit Recht rügt die Nichtigkeitsbeschwerde die Unrichtigkeit dieser Annahme.

Land- und Heerstraßen — zu denen nach der Feststellung des Vorderrichters die in Rede stehende Chaussee zu rechnen ist — sind ein gemeines Eigentum des Staates (A.L.R. II. 14. §. 21). Auf sie erstreckt sich nach der Theorie des gemeinen Rechts, wie es zur Zeit der Redaktion des Allgemeinen Landrechts galt, das Wegeregal, und dieses begreift die dem Staat nach den §§. 2 ff. A.L.R. II. 15 zustehenden Rechte der Verfügung über dieselben, der Veränderung, Verlegung und Nutzung derselben. An und für sich folgt aus dem Wegeregal noch nicht das Recht zu polizeilichen Anordnungen in Bezug auf jene Straßen. Dies Recht hat der Staat, weil ihm die allgemeine und oberste Gerichtsbarkeit zusteht (A.L.R. II. 17. §. 3), und dazu gehört auch die Polizeigerichtsbarkeit (§. 10 fg. a. a. O.). Jene gebührt dem Oberhaupt des Staates und ist als ein Hoheitsrecht unveräußerlich (§. 18 a. a. O.). Die Ausübung dieser kann Anderen übertragen werden (§. 19 a. a. O.).

Von einer dergleichen Übertragung bezüglich des Wegebaues konstiert im vorliegenden Falle nichts.

Den im §. 18 jenes Gesetzes genannten Provinzial- resp. Kommunalverbänden wird übertragen: Die Verwaltung, einschließlich der technischen Bauleitung, sowie die Unterhaltung der bereits ausgebauten Staatschausseen ꝛc (Abs. 1), und zugleich mit dieser Unterhaltung geht das Eigentum an den ausgebauten Staatschausseen nebst allen Nutzungen und Pertinenzien ꝛc auf die Kommunalverbände über (Abs. 2). Als Zeitpunkt für den Übergang der Verwaltung und der Unterhaltung der Staatschausseen auf die im §. 18 aufgeführten Kommunalverbände ist der 1. Januar 1876 bezeichnet (§. 22). Bis zum Erlaß der von den Kommunalverbänden über die Verwaltung der in dem Gesetz genannten Verwaltungszweige zu treffenden Reglements bleiben die bestehenden Verwaltungsvorschriften in Kraft (§. 25).

Sonstige Bestimmungen, welche in der hier fraglichen Beziehung herangezogen werden könnten, sind in jenem Gesetz nicht enthalten.

Übertragen sind sonach nur einzelne, nicht sämtliche, der im Wegeregal liegenden Befugnisse. Von Übertragung der Ausübung polizeilicher Befugnisse erhellt nichts.

Daß eine dergleichen Übertragung auch gar nicht Absicht der gesetzgebenden Faktoren gewesen, ergiebt die Entstehungsgeschichte des Gesetzes.

Allerdings enthält der zunächst dem Hause der Abgeordneten vorgelegte Regierungsentwurf in seinem §. 27 die Bestimmung:

„Der Staatsregierung verbleiben auch nach erfolgtem Übergange der Chausseebauverwaltung auf die im §. 22 gedachten Kommunalverbände die ihr zur Zeit zustehenden landespolizeilichen Befugnisse, sowie die Rechte der kommunalen Oberaufsicht"

und in den Motiven wurde diese Bestimmung „als keiner besonderen Erläuterung bedürftig" bezeichnet (Drucksachen des Hauses der Abgeordneten 1875 Bd. I. Nr. 28). Dieser Paragraph hat nicht Aufnahme in das später publizierte Gesetz gefunden, aber keineswegs aus den von dem Vorderrichter beliebten Erwägungen. In dem Bericht der Kommission des Abgeordnetenhauses (Drucksachen Nr. 144) ist bemerkt, daß die Streichung dieses Paragraphen beantragt sei. Denn, so heißt es daselbst: „das Recht der kommunalen Oberaufsicht und die landespolizeilichen Befugnisse behalte die Staatsregierung, insoweit sie derselben nach allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen zustehen, auch ohne die Aufnahme des §. 27 in dieses Gesetz." Der §. 27 wurde dann

auch gestrichen. Bei der zweiten (Special-) Beratung im Abgeordnetenhause (Verhandlungen desselben Bd. II. S. 1414) konstatierte der Präsident, daß bei den §§. 25. 26. 27 keine Anträge vorlägen und publizierte: „Also bis §. 27 einschließlich sind die Kommissionsvorschläge angenommen." Danach war also §. 27 der Regierungsvorlage gefallen (vgl. Zusammenstellung der Regierungsvorlage und der Beschlüsse des Abgeordnetenhauses, Drucksachen Bd. III. Nr. 270). An diesem Resultat ist durch die späteren Verhandlungen nichts geändert (vgl. dritte Beratung des Abgeordnetenhauses, Verhandlungen Bd. III. Nr. 270; Bericht der Kommission des Herrenhauses, Drucksachen des Herrenhauses Nr. 102. 158. 160 — Verhandlungen dieses Hauses S. 543; Schlußberatung des Abgeordnetenhauses, Verhandlungen Bd. III. S. 2102; Schlußberatung des Herrenhauses, Verhandlungen S. 642).

Es ergiebt sich hieraus ganz klar, daß die landespolizeilichen Befugnisse des Staats in Beziehung auf die überwiesenen Chausseen den fraglichen Kommunalverbänden nicht haben übertragen werden sollen und nicht übertragen sind, und daß die hier fraglichen Anordnungen des Beklagten nicht als polizeiliche und den Rechtsweg ausschließende angesehen werden können."

---

## 67. Ist für die Vergütung expropriierter Grundstücke die Zeit der Expropriation unbedingt entscheidend? Unterschied von gemeinem Wert (Preis) und außerordentlichem Wert (Interesse).

A.L.R. Einl. §. 75; I. 2. §§. 111. 112. 114; 6. §§. 1. 5. 7. 83. 84. 89; 11. §§. 8. 9.

II. Hilfssenat. Urt. v. 11. Oktober 1880 i. S. K. (Kl.) w. Fiskus (Bekl.). Rep. Va. 245/79.

I. Kreisgericht Flatow.
II. Appellationsgericht Marienwerder.

Aus den Gründen:

„Das Landgut des Klägers ist von einer Eisenbahnanlage des Beklagten so durchschnitten, daß zwei Ackerparzellen desselben durch den Bahnkörper von dem Gehöft getrennt sind. Der Kläger, dem nur das

Terrain des Bahnkörpers expropriiert und vergütet ist, fordert mit der Klage eine weitere Kapitalsentschädigung dafür, daß er infolge der Bahnanlage, um von dem Gehöft zu den gedachten Ackerparzellen zu gelangen, einen Umweg zurücklegen und neben der Eisenbahn einen neuen Parallelweg auf seinem Terrain herstellen müsse. Er hat jedoch nachträglich eingeräumt, daß die bezeichneten Ackerparzellen nach der Expropriation von ihm veräußert sind.

Der Appellationsrichter hält den geltend gemachten Anspruch nach §. 9. I. 11 und §. 114. I. 2 A.L.R. an sich für zulässig, aber durch die gedachte Veräußerung für ausgeschlossen, weil damit für den Kläger die Notwendigkeit des Umweges und der neuen Wegeanlage weggefallen sei.

Die Nichtigkeitsbeschwerde rügt die Verletzung von Bestimmungen des A.L.R.'s, aus welchen sich ergeben soll, daß die Entschädigung des Expropriaten nach den Verhältnissen zur Zeit der Enteignung bez. der Besitzergreifung des enteigneten Terrains festzustellen sei. Jedoch mit Unrecht.

Der §. 75 der Einleitung zum A.L.R. erkennt nur im allgemeinen die Entschädigungspflicht des Staats bei Enteignungen an und die §§. 8 und 9. I. 11 bestimmen, daß die Entschädigungssumme durch Taxatoren, unter Berücksichtigung des gemeinen und außerordentlichen Werts, ermittelt werden soll. In den §§. 111. 114. I. 2 bez. §§. 1. 5 und 7 I. 6 sind nur die Begriffe des Werts, des außerordentlichen Werts, des Schadens, des entgangenen Gewinns und der vollständigen Genugthuung festgestellt und der §. 89. I. 6 betrifft den Fall der Minderung des Werts einer Sache. Darüber, welche Zeitverhältnisse für die Entschädigung des Expropriaten maßgebend seien, spricht sich keine dieser Vorschriften aus.

In letzterer Beziehung muß zwischen dem Anspruche auf den gemeinen Wert und demjenigen, welcher den außerordentlichen Wert zum Gegenstande hat, unterschieden werden.

Das A.L.R. I. 2 bezeichnet als Wert einer Sache den Nutzen, welchen sie ihrem Besitzer gewähren kann (§. 111), und zwar als gemeinen Wert denjenigen, welchen sie *jedem* Besitzer (§. 112), als außerordentlichen den, welchen sie nur unter gewissen Bestimmungen oder Verhältnissen (§. 114), d. h. im Gegensatz zu §§. 111 und 112, *nicht* jedem, sondern nur einem *bestimmten* Besitzer, mit Rücksicht auf *sub-*

jektive Verhältnisse oder besondere Bestimmungen, zu leisten imstande ist. (Vergleiche die Entscheidung des Obertribunals Band 73, Seite 152.)

Den gemeinen Wert einer Sache bildet danach der übliche oder angemessene Preis derselben („pretium“ oder „verum rei pretium“) bei Waren der Markt- oder Ladenpreis (A.L.R. I. 6. §. 83), und bei anderen Sachen dem entsprechend der mit Rücksicht auf ihre objektive Beschaffenheit und Eigenschaft im gewöhnlichen Geschäftsverkehr für gleichartige Sachen zu erzielende, nötigenfalls durch das Gutachten Sachverständiger zu ermittelnde Preis (vergleiche §. 84 das.).

Bei der Schätzung des gemeinen Werts eines enteigneten Grundstücks ist auf die Zeit der Enteignung deshalb Rücksicht zu nehmen, weil durch die Vergütung desselben der Eigentümer denjenigen Preis erhalten soll, welchen er erzielen konnte, wenn er damals sein Grundstück im gewöhnlichen Geschäftsverkehr verkauft hätte.

Anders verhält es sich mit dem außerordentlichen Werte. Derselbe ist identisch mit dem Interesse. Die Forderung des außerordentlichen Werts ist der Anspruch auf Ersatz der Nachteile, welche einem bestimmten Eigentümer wegen seiner besonderen Verhältnisse oder mit Rücksicht auf besondere, ihn persönlich betreffende Bestimmungen erwachsen sind. Bei der Feststellung dieser Nachteile ist die Zeit ihrer Entstehung und ihre Dauer zu berücksichtigen.

Um einen Anspruch der letzteren Art handelt es sich hier. Denn der Kläger verlangt mit Rücksicht auf das früher für ihn bestehende besondere Verhältnis, daß die fraglichen Ackerparzellen einen Bestandteil seines zusammenhängenden Gutskomplexes bildeten und von ihm als solche bewirtschaftet wurden, die Erstattung der Schäden, welche ihm infolge der Expropriation dadurch entstanden sind, daß das enteignete Terrain diese Parzellen vom Gutshofe abgeschnitten hat. Er räumt aber selbst ein, daß er dieselben nach der Expropriation veräußert und hierdurch das bezeichnete, seinem Anspruche zum Grunde liegende besondere Verhältnis, wonach er sie als Teile seines Guts benutzte, aufgehoben hat.

Es ist daher ungerechtfertigt, wenn er die fraglichen Nachteile dennoch als dauernde Schäden behandelt wissen will, für welche ihm eine Kapitalvergütung zu gewähren sei. Vielmehr war er nur befugt,

dieselben für die Zeit zu berechnen, während welcher das gedachte Verhältnis für ihn bestand.

Da er dies nicht gethan hat, so muß er mit seinem Anspruche abgewiesen werden. Die Entscheidung des Appellationsrichters steht mit den erwähnten Vorschriften im Einklang."

---

## 68. Suspension der ehelichen Gütergemeinschaft, falls die Ehefrau zur Zeit der Verheiratung unter Vormundschaft stand.

A.L.R. II. 18. §§. 782. 785—794. 698. 699. Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 §. 92.

II. Hilfssenat. Urt. v. 11. Oktober 1880 in S. Ehefrau G. (Kl.) w. C. (Bekl.) Rep. Va. 419/79.

I. Kreisgericht Bochum.
II. Appellationsgericht Hamm.

Klägerin, welche am 6. März 1846 geboren ist, heiratete, während sie unter Vormundschaft stand. Letztere ist nach Eingehung der Ehe vor Eintritt der Großjährigkeit der Klägerin bis zu deren vollendetem dreißigsten Lebensjahre verlängert. In vormundschaftsgerichtlicher Verhandlung vom 6. Mai 1876 hat Klägerin die eheliche Gütergemeinschaft ausgeschlossen; dieses ist auch vorschriftsmäßig bekannt gemacht. Am 14. Dezember 1876 ist sie für blödsinnig erklärt. Beklagter hatte gegen ihren Ehemann eine Forderung von 2323 Mark 25 Pf. erstritten. Auf seinen Antrag ist am 20. Dezember 1877 die Abfindungsforderung der Klägerin von 6000 Mark in Höhe des gedachten Betrages mit Arrest belegt und dem Beklagten überwiesen; auch ist der Arrest im Grundbuch bei der Abfindungsforderung eingetragen. Der Vormund der Klägerin beantragte, den Beklagten zu verurteilen, den Arrest auf seine — des Beklagten — Kosten zur Löschung zu bringen. Beklagter beantragte Abweisung. In erster Instanz ist nach dem Klagantrag, in zweiter Instanz ist auf Abweisung erkannt. Auf die von dem Vormunde eingelegte Revision ist auf Wiederherstellung des ersten Erkenntnisses erkannt aus folgenden

Gründen:

„Das Gesetz vom 9. Dezember 1869 (G.S. S. 1177) kommt im vorliegenden Fall nicht in Betracht, da dasselbe erst am 1. Juli 1870 in Kraft getreten ist, die am 6. März 1846 geborene Klägerin das nach dem bisher gültigen Recht zur Großjährigkeit erforderliche Alter aber schon am 6. März 1870 erreicht hatte, und da dieses Gesetz über die Aufhebung der Vormundschaft nichts enthält. Daher ist durch dasselbe auch die Vorschrift der §§. 698 flg. A.L.R. II. 18, wonach die Vormundschaft bis sechs Jahre über den gesetzlichen Termin der Volljährigkeit verlängert werden darf, nicht berührt. Die erfolgte Verlängerung hätte daher, wenn nicht inzwischen die Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 in Kraft getreten wäre, bis zum 6. März 1876 ihre Wirksamkeit behalten. Die Vormundschaftsordnung ist aber nach §. 92 am 1. Januar 1876 in Kraft getreten, und sie findet, mit einigen hier nicht interessierenden Einschränkungen, auch auf die schwebenden Vormundschaften Anwendung. Nach §. 61 hört die Vormundschaft auf, wenn der Mündel die Großjährigkeit erreicht hat. Eine Verlängerung derselben über den Großjährigkeitstermin ist nicht zugelassen. Demnach hörte die Vormundschaft über die Klägerin am 1. Januar 1876 auf, und zwar mit allen Wirkungen, welche an die Aufhebung der Vormundschaft geknüpft sind. Es ist aber keineswegs eine dieser Wirkungen, daß die bis dahin suspendiert gewesene Gütergemeinschaft ohne weiteres fortfiel und nunmehr die Ehegatten in Gütergemeinschaft lebten. Die Verheiratung der Klägerin hatte vor dem 1. Januar 1876 stattgefunden, zu einer Zeit, als sie bevormundet war, und unter der Herrschaft des §. 782 A.L.R. II. 18. Die Suspension muß daher nach den Vorschriften des Allgemeinen Landrechts ihre Erledigung finden. Demnach kann es ganz dahin gestellt bleiben, ob die §§. 782—799 a. a. O. durch die Vormundschaftsordnung beseitigt sind. Die letztere enthält keinerlei Bestimmungen über die Beendigung der Suspension und kann deshalb auch §. 92 derselben zur Entscheidung der Frage nicht herangezogen werden. Das A.L.R. II. 18. §. 782 bestimmt nun, daß die Gütergemeinschaft bis nach erfolgter Aufhebung der Vormundschaft ausgeschlossen bleibt. Sie tritt auch nicht mit diesem Moment von Rechts wegen ein. Als allgemeine Regel für den Eintritt derselben, und zwar mit Erstreckung der Wirkung derselben bis auf den Anfang der Ehe, ist in den §§. 785 u. 786 a. a. O. vorgeschrieben, daß das Gericht, gleich nach aufgehobener Vormundschaft die Ehefrau

zu vernehmen hat, ob sie in dergleichen Gemeinschaft mit dem Ehemann zu treten gesonnen sei, wobei es ihr die erforderlichen Belehrungen zu erteilen hat. Die Gütergemeinschaft tritt nach den §§. 790 und 791 a. a. O. ein, 1) wenn die Ehefrau in die Gemeinschaft willigt, 2) wenn sie drei Monate nach der erteilten Belehrung verstreichen läßt, ohne sich zur Ausschließung der Gemeinschaft zu erklären und die gehörige Bekanntmachung zu suchen. Dieses gilt für alle Fälle der Aufhebung der Vormundschaft. Ist der Aufhebungsgrund für die Vormundschaft aber die erlangte Volljährigkeit, so tritt die gedachte Wirkung nach den §§. 794 u. 795 a. a. O. schon alsdann ein, wenn die Ehefrau nicht binnen drei Monaten nach erlangter Volljährigkeit auf Ausschließung der Gütergemeinschaft angetragen hat, selbst dann, wenn eine Erklärung von der Ehefrau nicht erfordert ist, in welchem Fall sie allerdings Regreßrechte gegen den Richter und den Vormund hat. Daß §. 794 nur auf den gedachten Fall der Aufhebung der Vormundschaft sich bezieht, ergiebt sich nicht nur aus dem Wortlaut desselben, sondern auch daraus, daß es sonst unverständlich gewesen wäre, wie im allgemeinen bestimmt werden konnte, die drei Monate sollen erst von der richterlichen Belehrung, und gleich hinterher vorgeschrieben werden konnte, sie sollen schon mit dem Aufhören der Vormundschaft zu laufen beginnen. Es wäre dieses ein offenbarer Widerspruch. Derselbe ist aber nicht vorhanden, wenn, wie geschehen, anzunehmen ist, daß der §. 794 einen besonderen Fall, den des Aufhörens der Vormundschaft durch Erreichung der Volljährigkeit, behandelt. Die Anwendung dieses Paragraphen ist aber ferner für den Fall ausgeschlossen, daß die Ehefrau zwar die Volljährigkeit erreicht hat, aber unter Vormundschaft bleibt. Denn die Gütergemeinschaft bleibt nach der allgemeinen Regel des §. 782 jedenfalls bis nach erfolgter Aufhebung der Vormundschaft ausgeschlossen. Sind nun die drei Monate nach Erreichung der Volljährigkeit verstrichen, und hat die Gütergemeinschaft wegen fortdauernder Vormundschaft nicht eintreten können, so fehlt es an demjenigen bestimmten Moment für den Eintritt der Gütergemeinschaft ohne vorgängige richterliche Belehrung, welches §. 794 im Auge hat. Willkürlich würde es sein, für die drei Monate seit Erreichung der Volljährigkeit drei Monate seit dem Aufhören der Vormundschaft zu setzen. Demnach tritt in solchem Fall die Gütergemeinschaft der allgemeinen Regel entsprechend

nur dann ein, wenn die Ehefrau in dieselbe einwilligt, oder drei Monate nach der Belehrung verstreichen läßt, ohne die Gütergemeinschaft auszuschließen und die gehörige Bekanntmachung zu suchen.

Hieraus ergiebt sich die Annahme des Appellationsrichters, daß die Gütergemeinschaft der Klägerin mit ihrem Ehemann am 1. April 1876 eingetreten sei, als unrichtig. Vielmehr ist dieselbe überhaupt nicht eingetreten, da Klägerin am 6. Mai 1876 die vorgeschriebene Belehrung erhalten und an diesem Tage die Gütergemeinschaft ausgeschlossen hat, diese Ausschließung auch bekannt gemacht worden und die Arrestierung und Überweisung der Abfindungsforderung der Klägerin erst nachher erfolgt ist. Die Arrestierung und Überweisung wegen einer Schuld des Ehemannes war daher unzulässig."

---

**69. 1. Begründet der Umstand, daß der Grund und Boden eines gewissen Landstriches sich zu früheren Zeiten in dem besonderen Eigentume des Landesherrn befunden hat, eine Vermutung für das Eigentum des Fiskus an den innerhalb der Grenzen jenes Landstriches belegenen Seen?**

**2. Kann aus einem Vertrage, mittels dessen der Fiskus die ihm in einem Landsee zustehende Fischerei in Erbpacht überlassen hat, ein Anerkenntnis des Erbpachters hergeleitet werden, daß der Fiskus Eigentümer des Sees ist?**

II. Hilfssenat. Urt. v. 28. Oktober 1880 i. S. v. Sch. u. Gen. (Bekl.) w. Fiskus (Kl.). Rep. Va. 104/79.

I. Kreisgerichtsdeputation Rastenburg.
II. Ostpreußisches Tribunal Königsberg.

Der preußische Fiskus behauptete Eigentümer dreier in Ostpreußen belegener Seen, des Queder-, Zeiser- und Gr. Tauchel-See, zu sein, und, da er die Absicht hatte, über dieselben ein Grundbuchblatt anlegen zu lassen, die angrenzenden Grundeigentümer, namentlich verschiedene Besitzer der Ortschaft Schwarzstein, aber gleichfalls Eigentumsansprüche auf die Seen machten, stellte er den Antrag, die letzteren zur Anerkennung seines Eigentums zu verurteilen.

Der erste Richter wies den Kläger, als beweisfällig, ab, der zweite erachtete dagegen den Beweis des klägerischen Eigentums für geführt und verurteilte demgemäß die Beklagten nach dem Klagantrage.

Auf die Revision der Beklagten hat das Reichsgericht unter Abänderung des zweiten Erkenntnisses das erste wiederhergestellt aus folgenden

Gründen:

„Nach den Bestimmungen des A.L.R.'s I. 9. §§. 176. 267. 268 und II. 15. §. 73 steht gesetzlich das Eigentum an einem Landsee, ebenso wie an einem Privatflusse, den Anliegern nach der Ausdehnung des Uferbesitzes und bis zur Mitte des Gewässers als Ausfluß ihres Eigentumsrechtes an den am Ufer liegenden Grundstücken zu. Dies ist in den Erkenntnissen des früheren Obertribunals vom 31. August 1846 (Entsch. Bd. 15 S. 361), vom 3. November 1864 (Entsch. Bd. 52 S. 38), vom 21. Dezember 1868 (Striethorst, Archiv Bd. 71 S. 335), vom 2. September 1870 (Entsch. Bd. 64 S. 34) und vom 2. Dezember 1872 (Striethorst, Arch. Bd. 87 S. 134) aus dem Zusammenhange der gedachten Vorschriften wiederholt und zutreffend nachgewiesen und insofern genügt es, auf jene Erkenntnisse Bezug zu nehmen.

Davon abweichende Vorschriften enthält auch das ostpreußische Provinzialrecht nicht. Dieses bestimmt namentlich nirgend, daß das Eigentum der in seinem Geltungsbezirke belegenen Seen gesetzlich dem Fiskus zusteht.

Da der Kläger nicht behauptet hat, Eigentümer eines an den streitigen Seen belegenen Grundstückes zu sein, kann er mithin aus dem bestehenden Gesetz sein Eigentum nicht herleiten und, da er ebenso wenig behauptet und jedenfalls nicht unter Beweis gestellt hat, sich in dem Besitze der Seen zu befinden, ihm also diejenigen Vermutungen, welche der Besitz für das Eigentum giebt, nicht zur Seite stehen, so unterliegt es keinem Zweifel, daß er nur dann legitimiert sein würde, zu verlangen, daß die Beklagten sein Eigentum anerkennen, wenn er den Beweis für dieses anderweit geführt hätte. Dies ist aber nicht der Fall.

Für sein Eigentum macht der Kläger zunächst geltend, daß bei der Eroberung Preußens durch den Deutschen Orden dieser nicht allein als Landesherr das Land in Besitz genommen, sondern dasselbe auch privatrechtlich okkupiert habe, dergestalt, daß in Ostpreußen der gesamte Grund und Boden und somit auch die auf diesem befindlichen Seen, soweit sie nicht durch besondere Titel in Privateigentum gelangt seien, als fiskalisch angesprochen werden müßten. Selbst wenn aus der dem

Deutschen Orden von Kaiser Friedrich II. erteilten Verleihungs- und Schenkungsurkunde (siehe Voigt, Geschichte Preußens Bd. 3 S. 410 und Bd. 6 S. 635) in Verbindung mit der nicht abzuleugnenden, historischen Thatsache, daß der Deutsche Orden Preußen seiner Herrschaft unterworfen hat, rechtlich gefolgert werden könnte, daß alle Eigentumsrechte, welche vordem an dem Grund und Boden Preußens bestanden hatten, durch die Eroberung erloschen und sämtliche Ländereien mit Einschluß der darauf befindlichen Seen in das fiskalische Eigentum des Deutschen Ordens übergegangen seien, so steht doch fest, daß der Deutsche Orden, bezw. die Landesherren, das Eigentum an den eroberten Ländereien nur in einem verhältnismäßig geringen Umfange behalten, zum bei weitem größerem Teile dagegen im Laufe der Zeiten verschiedentlich auf andere Personen übertragen haben, so daß von einer erst von dem Privatbesitzer zu widerlegenden, allgemeinen Vermutung für das fiskalische Eigentum nicht die Rede sein kann. Nach der Auslassung des Klägers kann kein Zweifel darüber sein, daß auch hinsichtlich der die streitigen Seen umgebenden Uferländereien eine Eigentumsübertragung seitens der Landesherren stattgefunden hat. Da aber auch nach gemeinem Rechte ein umschlossener Landsee Gegenstand des Privateigentums und als ein Teil des, bezw. der Grundstücke zu betrachten ist, auf welchen er sich befindet (von Holzschuher, Theorie und Kasuistik des gemeinen Civilrechts Bd. 2 S. 140), so muß nach gemeinrechtlichen Grundsätzen ebenso, wie nach denen des A.L.R.'s, angenommen werden, daß durch die Verleihung der Uferländereien auch das Eigentum an den Seen auf die Beliehenen übergegangen ist, es sei denn, daß der Verleiher sich dasselbe vorbehalten hätte. Ob aber die Seen in dem vorliegenden Falle ausnahmsweise für vorbehalten erachtet werden könnten, würde sich nur an der Hand der betreffenden Primordialverschreibungen beurteilen lassen, und auf diese hat der Kläger, abgesehen von dem Erbpachtskontrakte vom 25. April 1785, auf welchen weiter unten näher einzugehen sein wird, nicht Bezug genommen.

Der Kläger behauptet vielmehr, daß speciell bei den landesherrlichen Verleihungen in Ostpreußen die Seen von Rechts wegen als ausgeschlossen von der Verleihung anzusehen seien, und hat sich hierüber auf die §§. XIII und XIV der erneuerten kulmischen Handveste von 1251 (Leman, das alte kulmische Recht S. 7) berufen, in welchem sich der Deutsche Orden allerdings bei Verleihung gewisser Ländereien neben

anderen Gegenständen auch alle Seen vorbehalten hat. Indessen die kulmische Handveste bezieht sich nur auf die zu den Städten Kulm und Thorn gehörig gewesenen Landbezirke. In derselben begab sich der Orden aller seiner Rechte über die jenen beiden Städten erteilten Ländereien und stellte die Bedingungen auf, unter denen er sich dieser Rechte begab. Durch die kulmische Handveste kann daher der Kläger die Richtigkeit seiner Behauptung nicht darthun. In der Appellationsrechtfertigungsschrift hat er sich zwar auf eine amtliche Auskunft des Königlichen Archivs zu Königsberg darüber berufen, daß die Bestimmungen der kulmischen Handveste und insbesondere der Vorbehalt des Eigentums des Ordens, als Landesherrn, an den Seen auf das ganze Preußenland ausgedehnt worden seien, und es mag sich aus dem Inhalte der in dem Königlichen Archive aufbewahrten Urkunden nachweisen lassen, daß der Orden auch in Ostpreußen verschiedentlich Ländereien unter denselben, oder ähnlichen Bedingungen, wie denen der kulmischen Handveste verliehen und sich dabei das Eigentum an den auf den verliehenen Ländereien befindlichen Seen vorbehalten hat. Wenn aber der Kläger behaupten zu wollen scheint, in Ostpreußen seien die landesherrlichen Verleihungen stets nach Maßgabe der kulmischen Handveste erfolgt, so ist dies nicht nachweisbar und sicher auch nicht richtig. Die Geschichte Preußens von Voigt, auf welche der Kläger sich selbst berufen hat, enthält Bd. 6 S. 586 flg. eine sehr ausführliche Darstellung der Rechtsverfassung in Preußen zur Zeit des Ordens, und aus dieser ergiebt sich, daß schon die Verleihungen seitens des Ordens zu sehr verschiedenen Rechten erfolgt sind, und von den späteren Landesherren läßt sich noch weniger annehmen, daß sie ihren Landesverleihungen stets die kulmische Handveste zu Grunde gelegt haben. Über die Zeit, wann die fraglichen Uferländereien von dem Landesherrn ausgethan sind, erhellt, abgesehen von dem vorerwähnten Erbpachtsvertrage, aus den Anführungen des Klägers nichts. Daß zu jener unbestimmten Zeit in Ostpreußen ein Gesetz, oder auch nur ein Gewohnheitsrecht bestanden hätte, wonach Seen, welche bei Verleihung der sie umschließenden Grundstücke nicht ausdrücklich mitverliehen, Eigentum des Landesherrn, bezw. des Fiskus geblieben sind, ist nicht erweislich gemacht und auch nicht wahrscheinlich; denn es läßt sich wohl annehmen, daß, wenn in Ostpreußen eine derartige, von den Grundsätzen des A.L.R.'s abweichende Bestimmung andauernd Gesetzeskraft gehabt hätte, dieselbe

in das ostpreußische Provinzialrecht aufgenommen sein würde. Wenn Voigt in seiner preußischen Geschichte Bd. 6 S. 636 mitteilt, daß der Orden nebst den Landesbischöfen über alle Binnengewässer in Preußen das Oberhoheitsrecht behauptet habe, so folgt aus einem den Landesherren etwa zuständig gewesenen Oberhoheitsrecht über die Seen noch nicht, daß ihnen an diesen auch das fiskalische Eigentum zugestanden hat und verblieben ist, nachdem sie sich des Eigentums an den die Seen umgebenden Grundstücken entäußert hatten.

Der Appellationsrichter hat denn auch weder auf Grund des Eigentums, welches ursprünglich dem Deutschen Orden an den streitigen Seen zugestanden haben soll, noch auf Grund der Bestimmungen der kulmischen Handveste das Eigentum des Klägers für nachgewiesen erachtet. Er meint aber, daß die Vorbesitzer der Beklagten in dem Erbpachtskontrakte vom 25. April 1785, mittels dessen der Fiskus den köllmischen und bäuerlichen Einsassen der Dorfschaft Schwarzstein und dem Erbmühlenpachter daselbst das Recht, in den streitigen Seen zu fischen, und die Benutzung der am Queden-See belegenen, sogenannten faulen Wiesen und Werder in Erbpacht überlassen hat, das Eigentum des Fiskus an den fraglichen Seen anerkannt hätten und die Beklagten dieses Anerkenntnis wider sich gelten lassen müßten. Dem läßt sich indessen nicht beitreten. Der Erbpachtskontrakt von 1785 giebt über das Eigentum an den Seen keine Auskunft. Die Seen werden darin nicht etwa als fiskalische bezeichnet, auf denen der Fiskus, als Eigentümer, die Fischereigerechtigkeit verliehen hätte, sondern nach dem Wortlaute des Vertrages war Gegenstand desselben die dem Amte Rastenburg — also dem Fiskus — in den streitigen Seen zustehende Fischerei und die Überlassung dieses Rechtes in Erbpacht. Worauf das fiskalische Fischereirecht beruhte, erhellt nicht. Insbesondere ist nicht mit Notwendigkeit anzunehmen, daß dasselbe nur ein Ausfluß des fiskalischen Eigentums an den Seen sein konnte. Auch spricht dafür nicht der Umstand, daß die Beklagten, trotz des von ihnen behaupteten Eigentumes noch besonders die Fischerei in Erbpacht genommen haben. Wenn der Kläger geltend macht, daß ein Fischereirecht als ein Nutzungsrecht auf eine fremde Sache, anderen nicht abgetreten werden könne, so ist dieser Rechtssatz, so uneingeschränkt, nicht einmal richtig. Im Einverständnis mit dem Eigentümer ist auch ein Nutzungsrecht auf eine fremde Sache übertragbar. (Vgl. Erk. des früheren Obertribunals vom 8. April

1869; Striethorst, Archiv Bd. 74 S. 185.) Jedenfalls rechtfertigen die Bedenken, welche der Kläger gegen die Rechtsgültigkeit einer solchen Übertragung aufstellt, nicht thatsächlich den Schluß, daß, weil der Fiskus ein ihm in den fraglichen Seen zustehendes Fischereirecht in Erbpacht überlassen hat, er dabei notwendig als Eigentümer jener Seen gehandelt haben muß und deshalb sein Eigentum von den Erbpachtern in rechtsverbindlicher Weise anerkannt ist. . . .

Unzutreffend folgert ferner der Kläger und, wie es scheint, auch der Appellationsrichter aus dem in Sachen des Fiskus wider K. und Genossen ergangenen Erkenntnisse des früheren Obertribunals vom 18. Januar 1861, daß das Obertribunal in einem dem vorliegenden analogen Falle das Eigentum des Fiskus an dem Skall-See auf denselben Grundlagen als geführt angenommen habe. Das Erkenntnis vom 18. Januar 1861 ist im Nichtigkeitsverfahren ergangen und fußt auf den thatsächlichen Voraussetzungen des Appellationsrichters. Dadurch, daß das Obertribunal, ausgehend von diesen Voraussetzungen, damals die Nichtigkeitsbeschwerde gegen das dem Fiskus das Eigentum an dem Skall-See zusprechende Appellationserkenntnis zurückwies, hat es über die Frage, ob Thatumstände, wie die jetzt vorgebrachten, bei freier Beurteilung ausreichen, um das Eigentum des Fiskus an den Landseen Ostpreußens darzuthun, nicht entschieden.

Bei der Unzulänglichkeit der erbrachten Beweise spricht selbst gegen das Eigentum des Klägers, daß nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme die Besitzer in Schwarzstein nicht nur die Fischerei auf den streitigen Seen ausgeübt, sondern auch während langer Zeit ohne Widerspruch seitens des Fiskus andere Nutzungen von den Seen gezogen haben, wie solche an und für sich nur dem Eigentümer zustehen, und daß ferner die Vertreterin des Fiskus, die Königliche Regierung, Abteilung für direkte Steuern, Domänen und Forsten, zu Königsberg, seit kaum einem Dezennium vor Anstellung der Klage, obwohl sie nicht einmal behauptet hat, daß ihr damals diejenigen Umstände, auf welche jetzt das Eigentum des Fiskus gestützt wird, unbekannt gewesen sind, selbst angenommen hat, daß das Eigentum an den Seen der Dorfschaft Schwarzstein zustehe; denn sie hat den von dieser hinsichtlich der fraglichen Seen angemeldeten Grundsteuerentschädigungsanspruch durch Verfügung vom 29. Dezember 1866 als begründet anerkannt."

## 70. Hat die in getrennten Gütern lebende Ehefrau, um aus den von ihr abgeschlossenen lästigen Verträgen für sich Eigentum zu erwerben, den Nachweis zu führen, daß sie zu dem Erwerb ihr eigenes Vermögen verwendet hat?

A.L.R. II. 1. §§. 194. 202. 203. 211. 219. 321.

II. Hilfssenat. Urt. v. 1. November 1880 i. S. B. (Kl.) w. K. (Bekl.) Rep. Va. 96/80.

I. Kreisgericht Stendal.
II. Oberlandesgericht Naumburg.

Auf die von der Klägerin eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde ist das zweite Erkenntnis vernichtet und der Beklagte unter Abänderung des ersten Erkenntnisses verurteilt, die Eigentumsansprüche der Klägerin anzuerkennen, aus folgenden, den Sachverhalt ergebenden

Gründen:

„Dem Ehemann der Klägerin sind wegen einer Forderung, welche der Beklagte an ihn hat, im Wege der Exekution 246 M. bares Geld, eine Kuh und zwei Schweine gepfändet.

Die Klägerin hat diese Gegenstände als ihr Eigentum in Anspruch genommen, ist aber in den beiden Vorinstanzen mit ihrer Interventionsklage abgewiesen.

Der Appellationsrichter führt unter Bezugnahme auf die §§. 194. 202 bis 204 und 321 flg. A.L.R. II. 1 aus, wie der Umstand, daß die Klägerin während stehender Ehe die in Beschlag genommenen Sachen gekauft und die Gelder auf ihren Namen bei der Sparkasse eingezahlt und erhoben habe, nicht genüge, um darzuthun, daß die Sachen und die Gelder ihr Eigentum seien, dazu vielmehr der Nachweis erforderlich sei, daß die zu dem Ankaufe verwendeten Gelder und die Spareinlagen von ihrem eingebrachten Vermögen herrühren, und dieser Nachweis dadurch nicht geführt werde, daß die Klägerin die A.'sche Ackerwirtschaft gepachtet habe und ihr Haus von ihrem eingebrachten Vermögen angekauft worden sei.

Die Rüge der Nichtigkeitsbeschwerde, daß der Appellationsrichter hierdurch die von ihm in Bezug genommenen Bestimmungen des A.L.R.'s durch unrichtige Anwendung verletzt habe, ist begründet. Nach §. 194 a. a. O. hat die Ehefrau dem Hauswesen des Mannes vorzustehen, nach den §§. 202 und 203 a. a. O. hat sie, wenn der Mann abwe-

send, oder Gefahr im Verzuge ist, alles zu thun, was zu einer ordentlichen und gewöhnlichen Vermögensverwaltung erforderlich ist, und nach §. 321 a. a. O. muß der Ehemann die zur Bestreitung der gewöhnlichen Haushaltungsbedürfnisse von der Frau gemachten Schulden als die seinigen anerkennen. Danach ist es allerdings fraglich, ob jede von der in getrennten Gütern lebenden Ehefrau während der Ehe bewirkte Anschaffung als zu ihrem Vermögen gehörig angesehen werden kann, oder ob nicht vielmehr Anschaffungen, welche die Ehefrau lediglich zur Bestreitung der gewöhnlichen Haushaltungsbedürfnisse, oder als vermutete Bevollmächtigte des Mannes und nicht in der Absicht, für sich selbst zu erwerben, gemacht hat, ohne weiteres als Eigentum des Mannes zu betrachten sind. Darum handelt es sich hier indessen nicht. Der Appellationsrichter stellt weder fest, daß die Klägerin die streitigen Gegenstände lediglich zur Bestreitung der gewöhnlichen Haushaltungsbedürfnisse angeschafft, noch daß sie dieselben als vermutete Bevollmächtigte ihres Ehemannes für diesen erworben hat, sondern er nimmt an, daß die Klägerin die von ihr erkauften Moventien bezw. die auf ihren Namen bei der Sparkasse eingezahlten und von ihr erhobenen Gelder nur dann als ihr Eigentum würde in Anspruch nehmen können, wenn sie den Nachweis geführt hätte, daß das zu dem Ankauf verwendete Geld, bezw. die Spareinlagen, von ihrem eingebrachten Vermögen herrühren, und erachtet die Anführungen der Klägerin, insbesondere ihre Behauptung, daß sie die A.'sche Ackerwirtschaft gepachtet habe, lediglich deshalb für unerheblich, weil dadurch jener Nachweis nicht geführt wird. Das ist nicht richtig. Ehefrauen sind an und für sich nicht unfähig, Verträge zu schließen. Sie erwerben aus den von ihnen geschlossenen Verträgen Rechte, und nur zur Gültigkeit der von ihnen eingegangenen Verpflichtungen ist die Genehmigung des Ehemannes erforderlich. Vgl. Erkenntnis des früheren Obertribunals vom 28. Juni 1860 (Entsch. Bd. 43 S. 30). Daraus folgt, falls nicht besondere, von dem Appellationsrichter nicht festgestellte Umstände, welche eine entgegenstehende Annahme rechtfertigen würden, vorliegen, nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen, daß, wenn die Klägerin die streitigen Gegenstände gekauft, bezw. die von ihr bei der Sparkasse eingezahlten Gelder erhoben, sie das Eigentum der erkauften Gegenstände bezw. der erhobenen Gelder erworben hat, ohne daß sie ihrerseits den von dem Appellationsrichter vermißten Nachweis zu führen hätte.

Der Eigentumserwerb vollzieht sich unabhängig von dem Eigentum an den dazu verwendeten Geldern. Deshalb ist es gleichfalls unrichtig, wenn der Appellationsrichter meint, daß die Klägerin nicht Eigentümerin geworden sei, wenn sie Gelder ihres Ehemannes verwendet habe. Der 211 a. a. O., welcher bestimmt, daß das, was die Frau in stehender Ehe erwirbt, der Regel nach dem Manne erworben wird, bezieht sich, wie auch das frühere Obertribunal wiederholt unter Hinweis auf den §. 219 a. a. O. zutreffend angenommen hat, nur auf den Erwerb der Frau durch die häusliche Thätigkeit und gemeine Dienste, nicht aber auf lästige Verträge derselben mit einem Dritten. Danach zieht der Appellationsrichter aus den von ihm angeführten Gesetzesstellen Folgerungen, welche aus ihnen nicht zu ziehen sind und verletzt sie durch unrichtige Anwendung. Das angefochtene Erkenntnis unterliegt daher der Vernichtung.

Bei freier Beurteilung des Sachverhältnisses erscheint der Anspruch der Klägerin auf Anerkennung ihres Eigentums an den streitigen Sachen begründet. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme hat die Klägerin nicht nur die streitigen Moventien gekauft und bezahlt, sondern auch die Kuh bei der Braunschweiger Viehversicherungsgesellschaft versichert. Sie ist es ferner, welche die Spareinlagen bei dem Kredit- und Sparverein zu Stendal gemacht hat, auf Grund deren die streitigen Gelder von ihr erhoben sind. Die Behauptung des Beklagten, daß die Klägerin die Tiere nicht für sich, sondern für ihren Ehemann gekauft, sowie das Geld von dem Kredit- und Sparverein für ihren Ehemann und in dessen Auftrage geholt habe, ist ohne Beweis hingestellt und findet auch in der Sachlage und den durch die Beweisaufnahme ermittelten Thatumständen keinen Anhalt. Nach dem Zeugnisse des Ackermannes A. hat die Klägerin dessen Ackerwirtschaft, bestehend in einer Scheune, Hofraum, Garten und etwa fünf Morgen Acker, gepachtet, während ihr Ehemann seiner Profession nach ein Maurer ist. Danach scheint die Klägerin die Ackerwirtschaft für ihre Rechnung zu betreiben, und dies spricht nur dafür, daß sie die fraglichen Tiere für sich angeschafft und die Spareinlagen für sich gemacht hat. Wenn der Beklagte die Vermutung aufstellt, daß die Klägerin nur vorgeschoben sei, um den Gläubigern ihres Ehemannes jedes Objekt ihrer Befriedigung zu entziehen, so entbehrt auch diese Behauptung jedes Beweises und ist überdies als Einrede gegen die Eigentumsklage der Klägerin nicht gehörig substanziiert."

## 71. Setzt die Vorschrift des A.L.R.'s I. 5. §. 37 zu ihrer Anwendung ein ausdrückliches Anerkenntnis voraus?

I. Hilfssenat. Urt. v. 16. November 1880 i. S. A. Z. (Kl.) w. M. Z. (Bekl.) Rep. IVa. 121/80.

I. Kreisgericht Rogasen.
II. Oberlandesgericht Posen.

Für den am 4. März 1847 geborenen Kläger stand auf dem Grundstücke des Beklagten, seines Vaters, ein bei seiner Großjährigkeit fälliger Muttererbteil von 2580 Mark nebst Zinsen eingetragen. Nachdem der Kläger am 9. September 1867 aus der väterlichen Gewalt entlassen worden war, hatte er an demselben Tage über seine Befriedigung wegen dieses Erbteiles durch Barzahlung Quittung geleistet, worauf das Ingrossat im Grundbuche gelöscht worden war.

Kläger behauptete später, daß er Zahlung nicht erhalten, die Quittung vielmehr nur in der Erwartung der Zahlung ausgestellt habe, und erhob wegen Gewährung des Muttererbes Klage. Beklagter wendete ein, daß er kurz vor dem 9. September 1867 mit dem Kläger mündlich dahin übereingekommen sei: er seinerseits solle in die Auswanderung des Klägers nach Amerika, damit derselbe dort ein Gewerbe selbständig betreibe, willigen, den Kläger neu bekleiden und ihm auf den Muttererbteil, obgleich derselbe noch nicht fällig sei, sofort 150 Thlr. zahlen, während Kläger als Gegenleistung jeder Mehrforderung in Bezug auf den Muttererbteil entsagen und zu dem Zwecke über den ganzen Erbteil als bar gezahlt quittieren solle.

Der erste Richter verurteilte den Beklagten zur Gewährung des Erbteiles, soweit nicht die Befriedigung des Klägers durch Barzahlung nachgewiesen war. Der Appellationsrichter legte dagegen dem Beklagten einen Eid bezüglich der behaupteten Abrede auf und wies im Falle der Eidesleistung den Kläger gänzlich ab. Auf die Revision des Klägers stellte das Reichsgericht das erste Urteil im wesentlichen wiederum her, und zwar aus folgenden

Gründen:

„Nach den §§. 37 und 38 A.L.R. I. 5 erlangt ein Vertrag, welcher wegen Unfähigkeit des einen Teiles unverbindlich ist, durch ein nach gehobener Unfähigkeit erfolgendes Anerkenntnis nur insofern ver-

bindliche Kraft, als dieses Anerkenntnis selbst für einen neuen rechtsgültigen Vertrag angesehen werden kann, und ein solcher neuer Vertrag erstreckt sich nur alsdann auf den Anfang des Geschäfts zurück, wenn dies zugleich ausdrücklich verabredet worden. — Unter Hinweis auf diese Vorschriften verordnen die §§. 136. 137 A.L.R. II. 2:

> Die von einem unter väterlicher Gewalt stehenden Kinde von Anfang an ungültig gemachten Schulden werden gültig, wenn sich der Schuldner nach aufgehobener väterlicher Gewalt zu deren Bezahlung verpflichtet. Doch soll nur auf ein ausdrückliches — vor Gerichten oder vor einem Justizkommissarius erklärtes — Anerkenntnis Rücksicht genommen werden.

Daß die vorstehenden Bestimmungen nicht bloß auf willensunfähige Personen, sondern auch auf solche, welche in ihrer Handlungsfähigkeit nur eingeschränkt sind, Anwendung finden, hat bereits das vormalige Obertribunal in dem Erk. vom 30. November 1874 (Entsch. Bd. 74 S. 164, Striethorst, Archiv Bd. 93 S. 44) an der Hand der Gesetzesmaterialien überzeugend dargelegt.

Es konnte mithin das fragliche, während der Unfähigkeit des Klägers geschlossene Abkommen nur durch ein nach gehobener Unfähigkeit erfolgtes Anerkenntnis, welches selbst einen neuen rechtsgültigen Vertrag bildete, rechtsverbindlich werden. Ein solches Anerkenntnis liegt aber nicht vor, und ist insbesondere auch nicht in dem Akte der Quittungsleistung enthalten. Der Appellationsrichter sagt:

> „der im Augenblicke der Quittierung bereits emancipierte Kläger habe das Abkommen konkludent durch die Quittungsausstellung ratihabiert (§§. 19. 37. 38 A.L.R. I. 5)."

Er faßt also, wie er dies auch im weiteren ausführt — und darin würde ihm an sich beizutreten sein — die Quittungsausstellung nur als eine auf Anerkennung des Abkommens gerichtete stillschweigende Willenserklärung auf (§. 8 A.L.R. I. 4). Allein ein stillschweigendes Anerkenntnis kann hier nicht in Betracht kommen. Abgesehen von der zur Anwendung gelangenden Bestimmung des §. 137 A.L.R. II. 2, welche direkt ausspricht, daß nur auf ein ausdrückliches Anerkenntnis Rücksicht genommen werden soll, erfordert ein so beschaffenes Anerkenntnis auch der §. 37 A.L.R. I. 5. Solches ergiebt sich einerseits aus der Entstehungsgeschichte dieser Vorschrift. Der Entwurf des A.L.R.'s (§§. 40. 41) erklärte ein ausdrückliches oder stillschwei-

gendes Anerkenntnis für hinreichend; hiergegen erinnerte Suarez in der revisio monitorum:

„er müsse anheimstellen, ob es nicht, um die im bürgerlichen Verkehr so äußerst nachteiligen Ungewißheiten möglichst zu vermeiden und den so sehr zweifelhaften Auslegungen über dergleichen stillschweigende Agnitiones, woraus oft die fatalsten Prozesse entstehen, zuvorzukommen, am besten sein möchte, sich nicht gar zu genau an die Theorie zu binden, sondern anzunehmen:

daß nur auf ausdrückliche Agnitiones zu sehen, auf stillschweigende aber gar nicht zu reflektieren (wie solches schon in dem Titel von Eltern und Kindern angenommen worden ist)."

(Gesetz-Revis. Pens. XIV Mot. zu §§. 9 bis 33 S. 53 flg.; Rönne, Ergänzungen 6. Ausg. Bd. 1 S. 123; Bornemann, System 2. Ausg. Bd. 1 S. 95 flg.)

Die §§. 37 und 38 haben demnächst ihre jetzige Fassung erhalten, so daß angenommen werden muß, das Gesetz verlange ein ausdrückliches Anerkenntnis, wie solches im §. 137 A.L.R. II. 2 speciell vorgeschrieben ist. Andererseits ergiebt sich die Notwendigkeit einer ausdrücklichen Erklärung aus der inneren Bedeutung der Vorschrift. Das Anerkenntnis soll einen neuen rechtsgültigen Vertrag darstellen, also den Vertragswillen selbständig zum unzweideutigen Ausdruck bringen. Damit dieser Zweck erreicht werde, müssen aus dem Anerkenntnis selbst — sei es unmittelbar durch nochmalige Wiedergabe oder durch Bezugnahme auf eine bereits geschehene Fixierung des vorher verabredeten Geschäfts — die wesentlichen Punkte des letzteren erhellen, und hieraus folgt, daß eine stillschweigende, nur aus dem Zusammenhange zu folgernde Genehmigung der ursprünglichen Abrede rechtlich ausgeschlossen, also unkräftig ist (§. 60 A.L.R. I. 4). Vgl. Entsch. des Ob.-Trib. Bd. 12 S. 332. 336.

Sonach kann sich der Beklagte zum Zwecke der Entlastung von seiner Verbindlichkeit auf das behauptete Abkommen mit Erfolg nicht berufen (A.L.R I. 5 §. 14, I. 4 §§. 21 flg.). Allerdings will derselbe die Rechtsbeständigkeit der Abrede — da sie bereits von beiden Teilen, zum mindesten aber von seiner Seite erfüllt sei — auch aus den §§. 146. 165 A.L.R. I. 5, sowie aus dem Umstande herleiten, daß die Abrede selbst die Entlassung des Klägers aus der väterlichen Gewalt enthalte. Dabei übersieht jedoch Beklagter, daß die §§. 146. 165

a. a. O. zu ihrer Anwendung voraussetzen, daß der Vertrag, wenn auch formwidrig, von vertragsfähigen Personen geschlossen ist, und daß in dem bloßen Versprechen des Vaters, er werde dem minderjährigen Sohne die Erlaubnis zur Auswanderung erteilen, damit er im fremden Lande ein Gewerbe selbständig betreibe, eine Einwilligung im Sinne des §. 218 A.L.R. II. 2, welche die Wirkung einer ausdrücklich erklärten Entlassung des Sohnes aus der väterlichen Gewalt hat, nicht zu finden ist.

Da nun der Beklagte zugestanden hat, daß er dem Kläger nicht, wie die Quittung besagt, den vollen Betrag des Erbteiles, sondern nur 150 Thlr. bar gezahlt hat, so ist ihm gegenüber — abgesehen von dieser Teilzahlung — die Beweiskraft der Quittung erloschen (§§. 104 flg. A.L.R. I. 16). Die §§. 113. 114 ebenda kommen dem Beklagten nicht zu statten, weil sie nur den hier nicht vorliegenden Fall im Auge haben, daß aus der Quittung erhellt, daß die darin bescheinigte Aufhebung der Verbindlichkeit nicht durch Zahlung erfolgt ist.

Vgl. Entsch. des Ob.-Trib. Bd. 41 S. 117; Striethorst, Archiv Bd. 12 S. 272, Bd. 85 S. 312; Entsch. des vorm. R.O.H.G.'s Bd. 14 S. 340; Dernburg, preußisches Privatrecht 2. Aufl. Bd. 2 S. 228, Anm. 15."

---

## 72. Ersetzt die Auflassung den an sich nach dem Gegenstand des Vertrages notwendigen schriftlichen Beitritt des Dritten zu dem der Auflassung zu Grunde liegenden Vertrage?

A.L.R. I. 5. §§. 75. 76. 153. 391.
Ges. v. 5. Mai 1872 über den Eigentumserwerb ꝛc §. 10.

II. Hilfssenat. Urt. v. 22. November 1880 in S. Sch. (Bekl.) w. K. (Kl.) Rep. Va. 235/80.

I. Kreisgericht Salzwedel.
II. Oberlandesgericht Naumburg.

Durch Vertrag vom 8. Dezember 1878 übereignete die Witwe W., Mutter der Klägerin, dieser den Ackerhof Nr. 5 Buchfitz. In dem Vertrage ist u. a. bestimmt, daß, wenn Klägerin ihren Wirtschafter Sch.

heirate, dieselbe ihren drei Schwestern, zu welchen die Beklagte gehört, eine Ablobung von je 4500 Mark zahlen solle. Am 11. dss. Mts. erfolgte die Auflassung und ist auch die Ablobung auf dem Grundbuchblatte in Abt. III eingetragen. Durch die Verträge vom 23. dss. Mts. und vom 27. Januar 1879 hoben die Kontrahenten die Bestimmung des Vertrages vom 8. Dezember 1878, nach welcher die Ablobungen gezahlt werden sollten, wieder auf. Beklagte weigerte sich in die Löschung der für sie eingetragenen Ablobung zu willigen. Klägerin ist deshalb gegen sie mit dem Antrage klagbar geworden, sie zur Einwilligung in die Löschung zu verurteilen. Die Beklagte hat Abweisung beantragt, indem sie der Ansicht ist, daß der Vertrag vom 8. Dezember 1878, wenngleich sie demselben nicht schriftlich beigetreten sei, doch auch für sie durch die erfolgte Auflassung rechtsverbindlich geworden sei und ihr erworbenes Recht durch die späteren Verträge der eigentlichen Kontrahenten nicht mehr habe beseitigt werden können. Die sonstigen Einreden interessieren hier nicht.

In den beiden Vorinstanzen ist nach dem Klagantrage erkannt und ist auch die eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde zurückgewiesen aus folgenden hier in Betracht kommenden

Gründen:

„Die Angriffe der Nichtigkeitsbeschwerde sind nicht gegründet. Der §. 10 des Gesetzes vom 5. Mai 1872 über den Eigentumserwerb ꝛc ist nicht verletzt, weil es sich vorliegend nicht um ein Rechtsgeschäft handelt, welches nach dem bürgerlichen Recht wegen mangelnder Form ungültig ist. Der Übereignungsvertrag zwischen der Witwe W. und der Klägerin ist festgestelltermaßen notariell, daher auch nach dem bürgerlichen Recht für die Kontrahenten bindend abgeschlossen. Es kommt daher die in §. 10 vorgeschriebene Heilung mangelnder Form des Rechtsgeschäftes durch die erfolgte Auflassung überhaupt nicht in Frage. Aus ihm kann auch nicht hergeleitet werden, daß der Vertrag für außerhalb desselben stehende Personen, welche, wie festgestellt ist, demselben nur mündlich beigetreten sein wollen, infolge der Auflassung rechtserwerbend wirke. Denn er bestimmt zwar in seinem zweiten Teile zugleich, daß die Auflassung nicht angefochten werden kann, wenn dem zu Grunde liegenden Rechtsgeschäft die nötige Form mangelt. Eine Beseitigung der Vorschriften der §§. 75. 76. 391. 153 A.L.R. I. 5 läßt sich aber in keiner Weise aus ihm herleiten. Vielmehr sind dieselben

nach wie vor anwendbar und ist der §. 10 eben nur auf die Anfechtung des Eigentumsüberganges insbesondere durch Auflassung zu beschränken. Da nun die Beklagte bezw. deren Ehemann dem Vertrage nicht mit Bewilligung der Kontrahenten in der bei dem Gegenstande des Vertrages notwendigen schriftlichen Form beigetreten sind, so waren die Kontrahenten wohl befugt, den Vertrag gänzlich aufzuheben oder abzuändern. Der Appellationsrichter hat daher, indem er den Kontrahenten diese Befugnis zuspricht, die gedachten landrechtlichen Bestimmungen nicht verletzt."

---

**73. 1. Begreift der Ausdruck „Befriedigung aus dem einen Grundstücke" im §. 42 des Gesetzes über den Eigentumserwerb ꝛc vom 5. Mai 1872 auch den Empfang einer Zahlung des Grundbesitzers?**

**2. Kann der Eigentümer einer Korrealhypothek dieselbe auf dem einen Grundstücke löschen und auf dem anderen stehen lassen?**

Gesetz über den Eigentumserwerb ꝛc vom 5. Mai 1872 §§. 42. 63.

II. Hilfssenat. Urt. v. 25. November 1880 in S. L. (Kl.) w. R. (Bekl.) Rep. Va. 27/80.

I. Kreisgericht Ortelsburg.
II. Ostpreußisches Tribunal Königsberg.

Für die deutsche Hypothekenbank in Meiningen war eine Darlehnsforderung von 3000 Thlrn. ungeteilt auf einem Grundstücke der Handlung R. und auf einem davon abgezweigten Grundstücke des Michael K. hypothekarisch eingetragen.

Die gedachte Handlung erhielt nach Zurückzahlung eines Darlehnsrestes die Hypothek von der Gläubigerin cediert und ließ dieselbe auf ihrem eigenen Grundstücke löschen, auf dem des K. dagegen für sich umschreiben.

Bei der Subhastation des letzteren wurde sie teils von der Handlung selbst, teils von einem Cessionar derselben liquidiert. Der Appellationsrichter erklärt deren Liquidate für gerechtfertigt. Die hiergegen eingelegte, auf die Verletzung des §. 42 des Gesetzes über den Eigentumserwerb ꝛc vom 5. Mai 1872 gestützte Nichtigkeitsbeschwerde hat das Reichsgericht zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

„Der §. 42 des Eigentumsgesetzes ist nicht verletzt.

Nach Absatz 1 desselben soll, wenn eine Hypothek oder Grundschuld ungeteilt auf mehreren Grundstücken haftet, der Gläubiger berechtigt sein, sich wegen seiner ganzen Forderung an jedes einzelne Grundstück zu halten.

Der Absatz 2 bestimmt ferner:

„Soweit der Gläubiger aus dem einen Grundstücke seine Befriedigung erhalten hat, erlischt die Hypothek oder Grundschuld auf dem anderen Grundstück. Der Eigentümer desselben erlangt nicht das Recht, über diese Post zu verfügen oder sie für sich zu liquidieren."

Die Nichtigkeitsbeschwerde hält diese Vorschrift hier für anwendbar, weil die Gläubigerin dadurch, daß sie von der Eigentümerin des einen verhafteten Grundstückes Zahlung empfangen habe, aus dem letzteren befriedigt sei und meint deshab, daß jedenfalls dies das Erlöschen der Hypothek zur Folge gehabt habe.

Wäre solches richtig, so würde die bezeichnete Vorschrift eine auffallende Ausnahme von der Regel des §. 63 enthalten; dies ist indes nicht der Fall.

Der Absatz 1 des §. 42, wonach sich der Gläubiger an jedes einzelne Grundstück zu halten befugt ist, kann nur so verstanden werden, daß er jedes derselben zur Subhastation bringen darf, um aus dessen Kaufgeldern befriedigt zu werden. Wenn unmittelbar darnach in Absatz 2 von seiner Befriedigung „aus dem Grundstücke" die Rede ist, so unterliegt es schon nach diesen Worten, jedenfalls aber nach jenem Zusammenhange derselben, keinem Zweifel, daß damit ebenfalls nur die Befriedigung aus den Kaufgeldern des subhastierten Grundstückes gemeint ist. Hat also der Eigentümer eines Pfandgrundstückes freiwillig oder um die Subhastation abzuwenden gezahlt, so liegt die Voraussetzung der bezeichneten Vorschrift nicht vor. Vielmehr bleibt es in diesem Falle bei der Bestimmung des §. 63 des Gesetzes.

Jeder Zweifel in dieser Beziehung wird auch durch den Umstand ausgeschlossen, daß die Absätze 1 und 2 des §. 42 fast wörtlich aus dem Art. I des Gesetzes vom 12. März 1869, betreffend die Abänderung einiger Bestimmungen der Konkursordnung, entlehnt sind, welche nach §. 74 der Subhastationsordnung vom 19. März 1869 auch für

die notwendige Subhastation außerhalb des Konkurses galten (vgl. den Schlußsatz des §. 42 und die Regierungsmotive zu demselben in Werner's Materialien S. 32). Denn die letztgedachte Bestimmung erklärte den Gläubiger in dem bezeichneten Falle ausdrücklich für befugt, sich an die „Kaufgelder" jedes einzelnen Grundstückes zu halten, und knüpfte das Erlöschen der Hypothek auf den mitverhafteten Grundstücken an seine Befriedigung „aus den Kaufgeldern" des anderen Grundstückes. Daß aber deren Inhalt durch seine Aufnahme in den §. 42 des Eigentumsgesetzes hätte geändert werden sollen, ist überall nicht ersichtlich.

Unter diesen Umständen kann der bezeichneten Auffassung auch nicht entgegengehalten werden, daß die Regierungsmotive zum §. 42 (Werner a. a. O.) nicht ganz zutreffend bemerken: Habe der Gläubiger von dem „Eigentümer" des einen Grundstückes ganz oder zum Teil Befriedigung erhalten, so werden die anderen Grundstücke von der Gesamthaft frei. Denn, da der Wille des Gesetzgebers nur in dem publizierten Gesetzesworte selbst zum Ausdrucke gelangt, so ist diesem gegenüber den abweichenden Äußerungen der Regierungsmotive kein entscheidendes Gewicht beizulegen.

Wie hiernach die fragliche Hypothek durch deren Bezahlung seitens der Handlung R. weder ganz noch teilweise erlosch, ebenso wenig war diese, nachdem sie solche durch Cession erworben hatte, rechtlich gehindert, dieselbe auf ihrem Grundstücke löschen und auf dem des K. bestehen zu lassen, da ihre Befugnis hierzu aus dem Absatz 1 des §. 42 von selbst folgt. Namentlich läßt sich hiergegen nicht einwenden, daß durch ein solches Verfahren die nacheingetragenen Gläubiger des weiterhaftenden Grundstückes benachteiligt werden können (Förster, Theorie und Praxis Bd. 3. §. 200 Anm. 73 und 75), da dieser mögliche thatsächliche Nachteil eine Beeinträchtigung des Rechtes derselben nicht enthält (vgl. Dernburg, preußisches Privatrecht Bd. 1 S. 338 Anm. 11)."

---

## 74. Das Recht zur Sache nach dem §. 15 des Eigentumserwerbsgesetzes vom 5. Mai 1872.

I. Hilfssenat. Urt. v. 23. November 1880 i. S. A. (Kl.) w. K. (Bekl.) Rep. IVa. 117/80.

I. Kreisgericht Ostrowo.
II. Oberlandesgericht Posen.

Der Kläger hatte von dem Wirte K. ein Grundstück gepachtet und an den Verpächter im voraus an Pachtzins 900 M. gezahlt. Das Pachtgrundstück wurde zur notwendigen Subhastation gestellt und das Pachtverhältnis durch die Zuschlagserteilung aufgelöst. Auf dem Grundstücke waren für die Hypothekenbank zu Meiningen 1000 Thlr. eingetragen. Diese gelangten im Kaufgelderbelegungstermine zur Hebung. In diesem Termine wurde festgestellt, daß die Forderung der Hypothekenbank in Höhe von 206 M. 69 Pf. vom Schuldner abgetragen, daß also von dem zur Hebung gelangten Betrage der Teil von 206 M. 69 Pf. für Rechnung des Schuldners zu liquidieren wäre. Die Zahlung dieser 206 M. 69 Pf. beanspruchten beide Parteien, jede für sich: der Beklagte auf Grund einer vom Schuldner am 2. November 1878 ihm erteilten schriftlichen Cession, der Kläger mit dem Vorbringen, daß ihm bei der Vorauszahlung des Pachtzinses mit Rücksicht auf die infolge der Subhastation eingetretene Auflösung des Pachtverhältnisses ein Anspruch auf Rückzahlung von 424 M. an seinen Verpachter zustände, und daß ihm der Verpachter schon inhalts der am 2. Februar 1877 aufgenommenen Pachtvertragsurkunde zur Sicherheit des im voraus gezahlten Pachtzinses den von den 1000 Thlr. infolge der stattgehabten Abzahlungen auf ihn übergegangenen Betrag verpfändet hätte. Die 206 M. 69 Pf. wurden zu einer Specialmasse genommen, und der Kläger verlangte mit der Behauptung, daß dem Beklagten bei dem Cessionsgeschäfte die erfolgte Verpfändung des fraglichen Fonds und der Umstand, daß ihm — dem Kläger — Ansprüche aus dem Pachtverhältnisse zuständen, bekannt gewesen wäre, Verurteilung des Beklagten, darin zu willigen, daß die Streitmasse nebst Zinsen ihm — dem Kläger — ausgezahlt würde.

Das Gericht zweiter Instanz wies den Kläger ab, weil die im Pachtvertrage ausgesprochene Verpfändung des fraglichen Anteils an der Hypothek mangels der Aushändigung des über die Forderung ausgestellten Dokumentes oder einer ordnungsmäßig gebildeten Zweigurkunde nicht Pfandrecht an der Hypothek, sondern nur einen Titel zum Pfandrechte begründen könnte, dessen Kenntnis nach §. 15 des Eigentumserwerbsgesetzes vom 5. Mai 1872 den Beklagten an dem Erwerbe des eingetragenen dinglichen Rechtes nicht hätte hindern können.

Die Nichtigkeitsbeschwerde, welche Verletzung des §. 15 des angeführten Gesetzes rügte, wurde für begründet erkannt, in der Sache selbst aber das Urteil zweiter Instanz aufrecht erhalten.

Aus den Gründen:

„Die landrechtliche Theorie von der Bedeutung des Rechts zur Sache ist für den Grundbuchverkehr durch die §§. 4, 15 des allegierten Gesetzes zwar alteriert worden, aber nicht dergestalt, daß davon der vorliegende Fall berührt würde. Von den beiden gedachten §§., welche wesentlich unverändert nach der ursprünglichen Regierungsvorlage von den beiden Häusern des Landtages angenommen worden sind, soll nach den Regierungsmotiven (vgl. Werner, die preußische Grundbuch- und Hypothekengesetzgebung T. II. S. 21) der §. 15 in konsequenter Anlehnung an den §. 4 des Gesetzes den Grundsatz aufrechthalten, daß der Inhalt des Grundbuchs für alle diejenigen Rechte, deren Dinglichkeit an die Eintragung gebunden ist, die alleinige Erkenntnisquelle sei und durch ein außerhalb dieses Inhaltes liegendes Wissen nicht erschüttert werde. So wie also der §. 4 dem Eigentumserwerbe zur Seite steht, so der §. 15 dem Erwerbe des dinglichen Rechtes. Voraussetzung seiner Anwendbarkeit aber ist der Widerstreit eines durch Eintragung noch zu erwerbenden dinglichen Rechtes am Grundstücke mit einem anderen bereits eingetragenen dinglichen Rechte am Grundstücke (vgl. Dernburg und Hinrichs, preußisches Hypothekenrecht Bd. I. S. 417 ff.; Dernburg, preußisches Privatrecht 2. Aufl. Bd. I., S. 413 ff.; Koch, Komm. z. A.L.R. 6. Ausg. Bd. II. S. 639). Im vorliegenden Falle handelt es sich jedoch für den Kläger überall nicht um ein Recht am Grundstücke, sondern um ein Recht an einer Hypothekenforderung. Für die Anwendung des §. 15 ist also kein Raum vorhanden, und die wider das Appellationsurteil erhobene Nichtigkeitsbeschwerde muß daher für begründet erkannt werden.

In der Sache selbst ist aber dem Appellationsrichter darin beizutreten, daß der Kläger ein Pfandrecht an der fraglichen Hypothekenforderung ohne Aushändigung des Hypothekeninstrumentes selbst oder eines Zweigdokumentes nicht hat erwerben können. Das A.L.R. verlangt, sowie es beim Faustpfande eine bleibende Manifestation im Besitze der Sache auf Seite des Pfandgläubigers erheischt, so beim Forderungspfande, daß es in einem Analogon des Sachbesitzes, nämlich in der Aushändigung der Schuldurkunde, in die Erscheinung trete und

Anderen erkennbar werde (I. 20. §. 281). Dies gilt nach §. 515 daſ. auch von der Verpfändung einer eingetragenen Hypothek. Es kann alſo für den Kläger nur ein Pfandtitel, alſo ein Recht zur Sache, in Frage kommen. Muß aber die maßgebende Norm für den vorliegenden Fall in Anſehung der Bedeutung des Rechtes zur Sache im allgemeinen Landrecht geſucht werden, ſo ergiebt ſich folgendes:

Die frühere Kontroverſe, ob die Wirkſamkeit des im A.L.R. I. 19. §. 5 und I. 10. §. 25 beſtimmten Rechtes zur Sache auf den Fall gleichartiger Rechte beſchränkt ſei oder auch bei ungleichartigen Rechten wirke (vgl. noch Sommer's Archiv Bd. VIII. S. 334), kann zwar gegenwärtig als in Theorie und Praxis dahin zum Austrage gebracht angeſehen werden, daß ein Recht zur Sache auch bei ungleichartigen Rechten wirkſam werden könne. Aber ebenſo iſt gegenwärtig in Theorie und Praxis die Meinung mit Recht zu unbezweifelter Herrſchaft gelangt, daß ein Kolliſionsfall, auf den die allegierten §§. anzuwenden ſeien, dann nicht vorliege, wenn der Erwerber einer Sache den früher entſtandenen Pfandtitel eines Dritten gekannt habe, daß alſo der Erwerber der Sache den bloßen Pfandtitel eines Dritten nicht zu reſpektieren brauche (Plenarbeſchl. des Ob.-Trib. vom 12. Juni 1843, Entſch. Bd. 9. S. 25; ferner Bd. 15. S. 513 (Präj. 1981) und Bd. 16. S. 194; Ziebarth, Realexekution S. 309; Dernburg, preußiſches Privatrecht 2. Aufl. Bd. I S. 413)."

---

## 75. Inwiefern iſt das Schuldanerkenntnis den Beſtimmungen über die Form der Verträge unterworfen?

I. Hilfsſenat. Urt. v. 3. Dezember 1880 i. S. W. (Kl.) w. R. (Bekl.) Rep. IVa. 290/80.

I. Kreisgericht Herford.
II. Oberlandesgericht Hamm.

Die Parteien betrieben einige Jahre hindurch das Maurergewerbe auf Grund einer mündlichen Abrede für gemeinſchaftliche Rechnung in der Art, daß jeder Teil die Ausführung von Maurerarbeiten übernahm, die Arbeiten ausführte, die Auslagen an Arbeitslöhnen und für Materialien

bestritt und den sich ergebenden Überschuß gutschrieb. Nach der Behauptung des Klägers soll im Anfange des Jahres 1874 eine gegenseitige Abrechnung zwischen den Parteien stattgefunden und als Resultat eine Forderung des Klägers an den Beklagten von 247 Thlr. 18 Sgr. 7 Pf. ergeben, der Beklagte aber soll dies Resultat mündlich anerkannt und zur Zahlung des Betrages sich verpflichtet haben.

Mit der auf Zahlung des angeblich anerkannten Schuldbetrages erhobenen Klage wurde der Kläger wegen Formmangels des behaupteten Anerkenntnisses durch das Urteil zweiter Instanz abgewiesen. Die gegen diese Entscheidung eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde blieb ohne Erfolg.

Gründe:

„Der Appellationsrichter hat die Klage abgewiesen, weil das derselben zum Grunde liegende, bei einer Abrechnung im Anfange des Jahres 1874 vom Beklagten abgegebene Anerkenntnis und Zahlungsversprechen nach §. 133 A.L.R. I. 5 bei einem Gegenstande von mehr als 150 Mark der schriftlichen Form bedurft habe. Der Kläger findet in dieser Entscheidung eine Verletzung des allegierten Paragraphen und eines Rechtsgrundsatzes, den er, wie folgt, formuliert: „Auf das Rechtsgeschäft der gegenseitigen Abrechnung finden die Vorschriften über die Form der Verträge keine Anwendung.“ Diese Rügen sind grundlos.

Eine gegenseitige Abrechnung kann zwar, wie auch das vormalige preuß. Ober-Tribunal in dem vom Imploranten in Bezug genommenen Urteile vom 19. Januar 1872 (Striethorst, Archiv Bd. 84 S. 181) angenommen hat, in der Art stattfinden, daß dabei Thatsachen und Rechtsverhältnisse festgestellt werden und als Facit ein Guthaben des einen oder des anderen der Beteiligten ermittelt wird, ohne daß die Abrechnung sich darum als ein konstitutiver Rechtsakt darzustellen braucht. Und der Geltendmachung einer derartigen Abrechnung im Prozesse wird der Mangel der Schriftform nicht entgegengesetzt werden können, vorausgesetzt, daß der ganze Abrechnungsakt aufgedeckt und die einzelnen Rechnungsposten, deren gegenseitige Feststellung stattgefunden hat, und die in ihrer Zusammenstellung das behauptete Guthaben klar machen, angegeben werden. Die Aufdeckung des ganzen Abrechnungsaktes ist notwendig, weil die Abrechnung, wenn sie nicht als ein konstitutiver Rechtsakt gelten soll, nur als eine Feststellung der einzelnen Rechnungsposten, die also dem Gericht vorgelegt werden müssen, wirksam sein kann.

Die in Rede stehende Voraussetzung aber ist im Thatbestandsmateriale des Appellationsrichters nicht enthalten. Nach demselben hat der Kläger sich lediglich auf das bei einer Abrechnung im Anfange des Jahres 1874 vom Beklagten abgegebene Anerkenntnis und Zahlungsversprechen gestützt, ohne die einzelnen Faktoren der Abrechnung näher anzugeben. Ein in dieser Gestalt geltend gemachter Abrechnungsakt kann nur als konstitutives Rechtsgeschäft, als Anerkennungsvertrag in Betracht kommen und unterliegt den landrechtlichen Vorschriften über die Form der Verträge."

---

## 76. Gewährt das preuß. Recht die Eigentümerhypothek auch an einer solchen eingetragenen Forderung, welche nicht existent geworden?

I. Hilfssenat. Urt. v. 17. Dezember 1880 i. S. V. (Kl.) w. L. (Bekl.) Rep. IVa. 325/80.

I. Stadtgericht Berlin.
II. Kammergericht daselbst.

Der Beklagte L. hatte dem Bauunternehmer P. (dem Cedenten des Klägers) schriftlich ein Darlehn zugesagt, dessen Höhe von den Bauherstellungen des P. auf seinem Grundstücke, durch welches das Darlehn sicher zu stellen war, abhängen, aber den Betrag von 120 000 M. nicht übersteigen sollte. Diesen Betrag hatte auch P. für L. hypothekarisch eintragen lassen; aber nach Maßgabe seiner Bauherstellungen ergab sich nur ein Anspruch auf Darleihung von 90 000 M., und nur diese Summe ist ihm auch von L. gezahlt. Sodann verkaufte P. das Grundstück an Mo. und dieser ließ auf Grund der Einwilligung des L. von der Hypothek 30 000 M. löschen, sodaß sie nur auf 90 000 M. validierte. Hierdurch glaubte sich P. benachteiligt; er wollte die 30 000 M. wie eine Eigentümerhypothek behandelt wissen, und deshalb belangte kraft seiner Cession der nunmehrige Kläger V. den L. nicht bloß auf Erteilung eines Hypothekenzweigdokuments über jene 30 000 M. und Bewirkung der Wiedereintragung derselben, sondern auch event. auf Zahlung dieses Betrages. Diese Anträge sind verworfen, vom R.G. aus folgenden

Gründen:

„Der Fall der Hypothek des Eigentümers im Sinne des §. 64 des Ges. vom 5. Mai 1872 liegt nicht vor.

Das preußische Landrecht hat grundsätzlich an der accessorischen Natur der Hypothek festgehalten (§§. 1. 8 A.L.R. I. 20). Bei der Redaktion des Landrechts hat man sich nicht verhehlt, daß sich aus dieser Festhaltung Konflikte mit dem Publicitätsprincipe ergeben müßten. Ein solcher Konflikt ist in §. 739 I. 11, §§. 423 flg. I. 20 A.L.R. zu Gunsten des Publicitätsprincips und im Interesse des Realkredits dahin entschieden, daß Einreden aus dem persönlichen Anspruche, welcher durch die Hypothek gesichert werden soll, dem redlichen Cessionar gegenüber ausgeschlossen sind. Dies Interesse des Realkredites ist auch für die in dem §. 484 I. 16 a. a. O. getroffene Bestimmung maßgebend gewesen,

daß bei Hypotheken das subjektiv dingliche Recht erhalten wird, wenn der die Hypothekenforderung bezahlende Grundstückseigentümer seinen Protest gegen die Vereinigung im Hypothekenbuche eintragen läßt.

Mit dieser, durch den Anhangsparagraphen 52 und die Deklaration vom 3. April 1824 ausgedehnten Bestimmung ist der Entwickelung der Hypothek des Eigentümers Raum gegeben worden. Bekanntlich hat man in diesen Bestimmungen eine Loslösung der Hypothek von der durch sie versicherten Forderung finden wollen. Aber mit Recht hat das frühere preuß. Ober-Tribunal im Plenarbeschlusse vom 27. Mai 1839 darauf hingewiesen, daß in den Gutachten der Gesetzkommission vom 10. Juli 1802 und des Staatsrats vom 22. Januar 1824, welche dem Anhangsparagraphen 52 und der Deklaration vom 3. April 1824 zu Grunde liegen, ausgesprochen worden ist, dem Grundstücksbesitzer solle die Befugnis, über die eingetragene Forderung und nicht über eine bloße Hypothekenstelle zu verfügen, zugestanden werden. Es muß deshalb dem Ober-Tribunale darin beigetreten werden,

daß bei hypothekarischen Forderungen durch die bloße Vereinigung ihres Eigentums mit dem Eigentümer des verpflichteten Grundstückes die Wirkung der Konfusion nicht eintritt, die Forderungen vielmehr dessenungeachtet als fortbestehend zu erachten sind,

daß der Besitzer des Grundstückes als Eigentümer solcher Forderungen gedacht werden muß mit der Einschränkung, daß die Hypo-

thek des Eigentümers erst in dem Momente wirksam wird, wo sich das Recht des Eigentümers und das des Hypothekengläubigers trennen. Das Wesen der Eigentümerhypothek hat auch durch das Grundeigentumserwerbsgesetz vom 5. Mai 1872 eine Änderung nicht erfahren.

Allerdings wollte der Regierungsentwurf zu diesem Gesetze die accessorische Natur der Hypothek beseitigen; er gestattete dem Eigentümer Hypotheken auf seinen Namen eintragen zu lassen, bestimmte, daß der Eigentümer nur mit dem Grundstücke für die Hypotheken hafte, erlaubte Abtretung der Hypothek ohne den persönlichen Anspruch (§§. 24. 33. 48 des Entwurfs), und die Regierungsmotive sprachen die Absicht der Loslösung der Hypothek vom persönlichen Schuldverhältnisse ausdrücklich aus (Drucksachen des Herrenhauses von 1871 II. S. 61. 65). Jedoch ist diese Absicht am Widerstande des Herrenhauses gescheitert. Das Gesetz, wie es aus den Beratungen der beiden Häuser des Landtags hervorgegangen, die Zustimmung der Regierung gefunden und publiziert worden, hat die accessorische Hypothek konserviert. Denn danach geschieht die Eintragung der Hypothek mit Angabe des Schuldgrundes, die Hypothek ist wegen Ungültigkeit oder Mangel eines Schuldgrundes — wenn auch in beschränktem Maße — anfechtbar, die Hypothek kann nur gemeinsam mit dem persönlichen Recht abgetreten werden und dem Grundstücksbesitzer wird die Verfügung über den bloßen locus versagt (§§. 19. 38. 52. 62 bis 66).

Dementsprechend hat auch die Hypothek des Eigentümers eine wesentliche Veränderung nicht erfahren; nur nach der Richtung der Selbständigkeit ist sie insofern schärfer entwickelt, als zwar der Eigentümer nicht, wie bei der Grundschuld, eine Hypothek von vornherein auf seinen eigenen Namen eintragen, wohl aber eine von ihm erworbene Hypothek auf den eigenen Namen umschreiben lassen darf, daß der befriedigte Gläubiger die Hypothek an den Eigentümer, wenn dieser es verlangt, abzutreten verpflichtet ist, daß nicht bloß Zahlung, sondern jede andere Tilgung, sowie Erwerb der Hypothek von Todes wegen seitens des Eigentümers, und Erwerb des Grundstücks seitens des Hypothekengläubigers zu dieser Eigentümerhypothek berechtigen (§§. 63. 66).

Bei der Beratung des Entwurfs des Gesetzes im Herrenhause wurde vom Regierungskommissar bemerkt, daß die die Hypothek des Eigentümers betreffenden Paragraphen lediglich die Kodifikation des bestehenden Rechts enthielten; darauf wurde zwar erwidert:

es sei inkonsequent und der accessorischen Natur der Hypothek widersprechend, wenn man dem Eigentümer gestatten wollte, eine getilgte Hypothek abzutreten,

indessen auf diese Erwiderung entgegnet:

dem Grundstückseigentümer die Verfügung über eine getilgte Hypothek verweigern, würde eine unzulässige Änderung des bestehenden Rechtes bedeuten.

Wohl aber erachtete man für erforderlich, einen neuen Paragraphen, den jetzigen §. 67:

die Vorschriften der §§. 63—66 finden auf Kautionshypotheken keine Anwendung

einzuschalten. Die Notwendigkeit dieser Bestimmung wurde damit motiviert:

Nach dem bestehenden Rechte kann eine Hypothek wegen ihrer accessorischen Natur nur in Verbindung mit der persönlichen Forderung, zu deren Sicherheit sie bestellt ist, abgetreten werden: hierbei muß es verbleiben, da der accessorische Charakter der Hypothek nach den Beschlüssen der Kommission aufrecht erhalten ist.

Man ging also davon aus, daß, so lange nicht die persönliche Forderung, für welche die Kaution bestellt worden, entstanden und ihrem Betrage nach festgestellt sei, es an einer Forderung fehle, welche der Grundstückseigentümer erwerben könne.

Alle diese Beschlüsse des Herrenhauses fanden in der Beratung des Abgeordnetenhauses Billigung. (Drucksachen des Herrenhauses 1871 II. S. 319 bis 328, Anlage zu den stenogr. Berichten über die Verhandlungen des Abgeordnetenhauses 1872 II. S. 1150.)

Demgemäß muß angenommen werden, daß nach dem Gesetze vom 5. Mai 1872 — abgesehen von den Fällen der §§. 65 und 66 — die Hypothek des Eigentümers nur dann entsteht, wenn:

1. eine gültige Forderung, welche durch die Hypothek hat gesichert werden sollen, bestanden,
2. der Grundstückseigentümer diese Forderung bezahlt oder sonst getilgt und von dem bisherigen Hypothekengläubiger Cession oder Quittung oder Löschungsbewilligung erlangt hat.[1]

[1] Mit dieser Ansicht kongruiert sowohl die Rechtsprechung des früheren preuß. Ob.Trib. (Entsch. Bd. 77 S. 164), als auch die Meinung von Bahlmann (Preuß. Grundbr. 2. Aufl. S. 65); s. ferner v. Roth (Archiv für civil. Praxis Bd. 62 S. 141. 143), Stobbe, (deutsches Privatr. II S. 344), Förster

## 77. Von welchen Voraussetzungen hängt die Zulassung des Rechtsweges für einen Anspruch auf Erstattung von Armenunterstützungen gegen einen Armenverband ab?

§. 61 des Reichsgesetzes vom 6. Juni 1870.
§. 63 des preuß. Ausführungsgesetzes vom 8. März 1871.

IV. Civilsenat. Urt. v. 10. Januar 1881 i. S. E. (Bekl.) w. Z. (Kl.) Rep. IV. 396/80.

I. Kreisgericht Erfurt.
II. Oberlandesgericht Naumburg.

Kläger behauptet, dem geisteskranken M. vom 2. Januar 1869 bis zu dessen am 31. März 1874 erfolgten Tode vollständigen Unterhalt gewährt zu haben. Wegen der Vermögenslosigkeit und Erwerbsunfähigkeit des M. und beim Mangel eines zur Erstattung verpflichteten Verwandten hält sich Kläger an die beklagte Stadtgemeinde als den zur öffentlichen Fürsorge für M. verpflichtet gewesenen Ortsarmenverband, obwohl Beklagte bei Lebzeiten des M. wegen Unterstützung desselben niemals in Anspruch genommen ist. Der Kläger hat für den gedachten Zeitraum 1320 M. 90 Pf. Unterhaltungskosten liquidiert und beantragt, die Beklagte zu deren Zahlung zu verurteilen. Beide Vorderrichter haben dem Kläger einen notwendigen Eid über die behauptete Gewährung des Unterhalts auferlegt und von dessen Ableistung die Verurteilung der Beklagten nach dem Klageantrage abhängig gemacht. Auf die Nichtigkeitsbeschwerde der Beklagten ist das zweite Urteil vernichtet, und Kläger wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges abgewiesen worden.

Gründe:

„Die Beklagte hat dem Anspruche den Einwand entgegengestellt, daß eine Verpflichtung für sie zur öffentlichen Unterstützung nicht habe entstehen können, wenn nicht zuvor die Hilfsbedürftigkeit des M. und

(Theorie u. Praxis III. §. 200 Note 51), Dernburg (Preuß. Privatr. I S. 740. 751. 781. 782. 790. 793); Dernburg sieht freilich vom accessorischen Charakter der Hypothek ab, gelangt jedoch gleichfalls (§. 338 Note 9) zu dem Ausspruch: „War die Post formal rechtsbeständig, aber materiell imperfekt, z. B. war Valuta nicht gezahlt, so kann zwar Löschungsbewilligung erzwungen werden, aber Succession tritt nicht ein, obwohl man dies als konsequent erachten könnte."

die Angemessenheit der Verpflegungskosten im Verwaltungswege festgestellt worden seien. Diesem Einwand gegenüber führt der Appellationsrichter aus, Beklagte habe sämtliche Thatsachen, auf welche sich das Recht des M. gründe, zugestanden; aus diesem Zugeständnis in Verbindung mit den weiteren Zugeständnissen, daß M. zu seiner Unterstützung genügend bemittelte Verwandte nicht besessen und daß er seinen Unterstützungswohnsitz in Erfurt gehabt habe, folge die Verpflichtung der Beklagten, für die Unterhaltung des M. aufzukommen; wenn Beklagte die Hilfsbedürftigkeit des M. im Sinne des Gesetzes bestreite, weil Kläger sich desselben angenommen, so stehe diese Ansicht mit dem Begriffe der Hilfsbedürftigkeit in Widerspruch, welcher den aus Mangel an hinreichender Arbeitsfähigkeit, an ausreichendem Vermögen und fürsorgepflichtigen und fürsorgefähigen Verwandten entstandenen Zustand mangelnder oder unvollständiger Ernährungsfähigkeit in sich faßt, und daß dieser Zustand vorhanden sei, habe Beklagte nicht in Abrede gestellt. Die Nichtigkeitsbeschwerde rügt, daß der Appellationsrichter aus den für zugestanden angenommenen Thatsachen ohne weiteres einen Schluß auf die Verbindlichkeit der Beklagten zur öffentlichen Unterstützung des M. gezogen habe und diese Verbindlichkeit als eingetreten ansehe, obwohl dieselbe nicht habe eintreten können, ohne daß zuvor die Hilfsbedürftigkeit des M. und die Angemessenheit der zu gewährenden Verpflegungskosten im Verwaltungswege festgestellt worden seien. Dieser Angriff kommt auf die Behauptung der Unzulässigkeit des Rechtsweges hinaus, da die Entscheidung über den klägerischen Anspruch zusammenfällt mit der Entscheidung über eine Verbindlichkeit, hinsichtlich deren, wie Beklagte meint, eine Feststellung nur im Verwaltungswege mit Ausschluß des Rechtsweges soll erfolgen können, und in solcher Richtung erscheint der Angriff allerdings begründet.

Der Klageanspruch ist teils bevor, teils nachdem das Bundesgesetz vom 6. Juni 1870 in Kraft getreten ist, entstanden; sowohl nach der früheren als nach der neueren Gesetzgebung führt die Beurteilung zu demselben Resultat.

Die Pflicht der Armenpflege hat einen öffentlichen Charakter und dient wesentlich zum Schutze und zur Befriedigung eines öffentlichen Interesses, welches der Staat sowie die öffentlichen Korporationen innerhalb des Staates an der Erhaltung der ihnen zugehörigen Personen haben. Dieses öffentliche Interesse bedingt die Pflicht zur Armenpflege,

und nur insoweit, als jenes vorhanden ist, tritt in dem entsprechenden Umfange diese Pflicht ein. Das öffentliche Interesse deckt sich nicht mit den persönlichen, sei es thatsächlichen, sei es privatrechtlichen Verhältnissen des zu Verpflegenden, namentlich nicht mit dessen Vermögenslosigkeit und Erwerbsunfähigkeit und dem Mangel unterstützungspflichtiger und fähiger Verwandten, sondern hängt von einem solchen Zustande gegenwärtiger Hilflosigkeit ab, daß die öffentliche Ordnung davon berührt wird, und zum Schutze eines öffentlichen Interesses es geboten erscheint, dem Hilflosen öffentliche Unterstützung zu gewähren; und es liegt in der Natur der Sache, daß über das Vorhandensein des öffentlichen Interesses und Bedürfnisses und über die hieraus zu folgernde Notwendigkeit, daß und in welchem Umfange die öffentliche Armenpflege einzutreten hat, nicht im prozessualischen Verfahren vor den Gerichten verhandelt, sondern mit Ausschluß des Rechtsweges nur von den gerade zur Wahrung und Beaufsichtigung des gefährdeten öffentlichen Interesses gesetzlich berufenen Behörden im Verwaltungswege entschieden werden kann. Dies ist wenigstens die Regel und als ein allgemeiner Grundsatz auch in den §§. 33. 34 des Gesetzes über die Verpflichtung zur Armenpflege vom 31. Dezember 1842 zur Anerkennung gelangt. Diese §§. in Verbindung mit dem darauf folgenden §. 35 regeln das Verfahren bei Streitigkeiten über die Armenpflege und enthalten vollständig erschöpfende Bestimmungen darüber, was, wenn die Verpflichtung eines Armenverbandes zur Gewährung der öffentlichen Unterstützung streitig ist, vor die Verwaltungsbehörde und was vor die Gerichte gehört. Der §. 33 überträgt allgemein und ohne Beschränkung auf den Fall der unmittelbar vom Verarmten selbst ausgehenden Inanspruchnahme die Feststellung, ob die öffentliche Armenpflege geboten ist, den Verwaltungsbehörden und giebt ihnen auch die Kognition über das Maß des zu Gewährenden, da sie Ansprüche, welche über die Notdurft hinausgehen, nicht zulassen sollen. Infolge dessen und in Übereinstimmung hiermit ist als allgemeine Regel und nicht bloß für den Fall eines zwischen verschiedenen Armenverbänden obwaltenden Streites im §. 34 bestimmt, daß betreffs des Betrages der von einem Armenverbande zu gewährenden oder zu erstattenden Verpflegungskosten der Rechtsweg ausgeschlossen ist, und nach den §§. 34. 35 ist dem Rechtswege die einzige Frage subsidiär vorbehalten, welcher von mehreren Armenverbänden, wenn bereits die Notwendigkeit, d. i. die Verpflichtung zur öffentlichen

Armenpflege, an sich feststeht, der Verpflichtete ist. Es wird hierüber auf die Ausführung in dem Plenarbeschluß des Königlichen Obertribunales vom 2. Februar 1853 (Entsch. Bd. 24 S. 245) Bezug genommen und in Anschluß an dieselbe nur bemerkt, daß keiner der darin gedachten ahmefälle von der Regel hier vorliegt.

In der vorstehend aufgestellten Regel hat die neuere Gesetzgebung Änderung nicht hervorgebracht, vielmehr den bis dahin geltenden luß des Rechtsweges noch präciser und klarer bestimmt, und ihn noch weiter ausgedehnt. Auch hierüber wird auf die Ausführungen öniglichen Obertribunales in den Erkenntnissen vom 27. Novem- 874 und 29. Juni 1878 (Entsch. Bd. 73 S. 239, Bd. 82 ) Bezug genommen und denselben im wesentlichen beigetreten. st folgt der Ausschuß des Rechtsweges in dem früheren Umfange araus, daß der §. 63 Abs. 1 des Ausführungsgesetzes vom z 1871 den §. 33 des Gesetzes vom 31. Dezember 1842 bis durchaus unwesentliche Änderung des Wortes „Verpflegung" in „Unterstützung" in wörtlicher Fassung wiedergiebt, also die dort gegebene Regel aufrecht erhält. Ferner will das für den gegenwärtigen Rechtszustand maßgebende Bundesgesetz vom 6. Juni 1870 nach §. 61 Abs. 1 durch seine Bestimmungen Rechte und Pflichten nur zwischen den zur Armenpflege gesetzlich verpflichteten Verbänden begründen und erkennt daher eine Begründung und Entstehung einer solchen Pflicht auch nur auf dem Wege an, welcher allein dafür von dem Bundesgesetze selbst und dem Ausführungsgesetze vorgeschrieben ist. Endlich ist im §. 63 Abs. 2 des Ausführungsgesetzes gegenüber einem Armenverbande, welcher seine Verpflichtung in irgend einem Punkte bestreitet, die Beschwerde darüber, ob, in welcher Höhe und in welcher Weise Armenunterstützungen zu gewähren sind, an den gesetzlich angeordneten Instanzenzug, zur endgültigen Entscheidung an die Deputation für das Heimatswesen gewiesen und hierdurch dem Rechtswege entzogen.. Der §. 68 des Ausführungsgesetzes, welcher eine ausschließliche Verweisung auf den Rechtsweg enthält, bezieht sich nur auf die Fälle der §§. 65 bis 67 und greift im vorliegenden Fall nicht Platz. Der Umstand, daß hier aus einem privatrechtlichen Titel, der nützlichen Verwendung, und zwar auf Grund des §. 268 A.L.R. I. 13 geklagt wird, ist durchaus unerheblich. Denn nach dem §. 269 ist, wie schon oben hervorgehoben worden, die nützliche Verwendung nur durch das Vorhandensein

der Verpflichtung des in Anspruch Genommenen zu begründen, die Entscheidung über erstere umfaßt die Entscheidung über diese Verpflichtung, und alles, was der richterlichen Entscheidung über diese Verpflichtung entgegensteht, hindert auch die richterliche Entscheidung über die nützliche Verwendung. Auch Erstattungsansprüche der Armenverbände unter einander können ihre rechtliche Begründung nur aus dem in den Gesetzen anerkannten Privatrechtstitel der nützlichen Verwendung hernehmen; sie sind aber nach den §§. 29. 30. 32. 38—41. 61 des Bundesgesetzes vom 6. Juni 1870 und §§. 1 Abs. 2. 35. 63 des Ausführungsgesetzes rücksichtlich ihres Entstehens und Bestehens an gewisse Bedingungen, Einschränkungen und Formvorschriften, namentlich in der vorgedachten Beziehung an die Feststellung im Verwaltungswege resp. Verwaltungsstreitverfahren gebunden, und es ist kein Grund abzusehen, weshalb ein aus demselben Rechtstitel abgeleiteter Anspruch anders und umsoviel günstiger zu behandeln ist, wenn er einer Privatperson, als wenn er einer Armenpflegebehörde zur Seite steht. Eine solche Begünstigung der Privatperson ist schon dadurch ausgeschlossen, daß sie in den Gesetzen nicht ausdrücklich und bestimmt sanktioniert ist.

Hiernach hat der Appellationsrichter, indem er sich zu der Feststellung für befugt erachtete, daß Beklagter zur öffentlichen Unterstützung des M. verpflichtet gewesen, und auf welchen Betrag die Kosten dieser Unterstützung anzusetzen, und indem er auf Grund dieser Verpflichtung die Beklagte aus der nützlichen Verwendung für verhaftet erklärte, den §. 33 des Gesetzes vom 31. Dezember 1842 über die Verpflichtung zur Armenpflege, den §. 63 des Ausführungsgesetzes vom 8. März 1871 und die §§. 268, 269 A.L.R. I. 13 verletzt, weshalb sein Erkenntnis zu vernichten ist.

Bei der freien Beurteilung ergiebt sich aus obiger Ausführung die Abweisung des Klägers wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges."

---

## 78. Steht den Gewerkschaften wegen der Zubuße an den Kuxen des zahlungssäumigen Gewerken ein dingliches Recht oder doch ein Vorzugsrecht vor den Hypotheken-, Pfand- oder sonstigen Gläubigern dieses Gewerken zu?

Preuß. Allg. Berggesetz vom 24. Juni 1865 §§. 102. 109. 130. 131. 234 (G.S. S. 705).

V. Civilsenat. Urt. v. 15. Januar 1881 in S. Gewerkschaft N. J. (Kl.) w. Handlung B. (Bekl.) Rep. V. 388/80.

I. Landgericht Hagen.
II. Oberlandesgericht Hamm.

Auf Antrag der Klägerin sollte wegen einer rückständigen Zubußeforderung die Exekution in die dem zahlungssäumigen Gewerken D. gehörigen 12 beweglichen Kuxe an der Zeche N. J. vollstreckt werden. Der Gewerke D. hatte aber die über die Kuxe lautenden Kuxscheine der beklagten Handlung ausgehändigt, und zwar, wie die Beklagte behauptet, als Faustpfand, unter Ausstellung einer schriftlichen Verpfändungserklärung. Die Beklagte hatte unter Bezugnahme auf Art. 310 H.G.B. die Versteigerung der Kuxe betrieben, war mit 7020 Mark Meistbietende geblieben und wollte diesen Betrag auf ihre unstreitig viel höhere Forderung an den Gewerken D. verrechnen.

Die klagende Gewerkschaft beantragte aber, abgesehen von einem in dritter Instanz nicht mehr interessierenden Antrage, die Beklagte zu verurteilen, aus dem hinter ihr befindlichen Erlöse der versteigerten Kuxe die angeblich bevorzugte Zubußeforderung zu bezahlen. Der erste Richter erkannte diesem Antrage gemäß. Der Appellationsrichter wies die Klägerin ab, und diese Entscheidung ist auf die von der Klägerin eingelegte Revision bestätigt worden.

Aus den Gründen:

„Die Klägerin leitet — unter Beifall des ersten Richters — das beanspruchte Vorzugsrecht aus dem §. 131 des Allgemeinen Berggesetzes vom 24. Juni 1865 her. Der Gewerke ist nach §. 102 a. a. O. verpflichtet, die zur Erfüllung der Schuldverbindlichkeiten der Gewerkschaft und zum Betriebe erforderlichen Beiträge nach Verhältnis seiner Kuxe zu zahlen. Es ist dies eine persönliche Verpflichtung des Gewerken, für welche er mit seinem ganzen Vermögen haftet, wie sich dies aus den §§. 102. 107. 129—131 a. a. O. ergiebt, in den Motiven zur Regierungsvorlage ausdrücklich gesagt wird (Drucksachen des Herrenhauses pro 1865 Nr. 6, Motive S. 74, 81) und in der Judikatur anerkannt ist (Erk. des preußischen Obertribunales vom 15. September 1871, Entsch. Bd. 66 S. 223). Der Gewerke kann sich aber von dieser persönlichen Verpflichtung befreien, und es bestimmen hierüber die §§. 130. 131 des Berggesetzes:

§. 130. Der Gewerke kann seine Verurteilung (zur Zahlung der Beiträge) und die Exekution dadurch abwenden, daß er unter Überreichung des Kuxscheins den Verkauf seines Anteils behufs Befriedigung der Gewerkschaft anheimstellt.

§. 131. Der Verkauf erfolgt im Wege der Mobiliarversteigerung nach Vorschrift des §. 109.

Aus dem gelösten Kaufpreise werden zunächst die Verkaufskosten und sodann die schuldigen Beiträge gezahlt.

Ist der Anteil unverkäuflich, so wird derselbe den anderen Gewerken nach Verhältnis ihrer Anteile in ganzen Kuxen, soweit dies aber nicht möglich ist, der Gewerkschaft als solcher im Gewerkenbuche kostenfrei zugeschrieben.

Diese Vorschriften sind hiernach singuläre, für den besonderen Fall ergangene, in welchem der Gewerke selbst der Gewerkschaft den Verkauf seiner Anteile zum Zweck der Befriedigung wegen der Zubuße anheimstellt, und nicht auf alle Zwangsverkäufe anwendbar. Über die Vollstreckung der Exekution in die Bergwerksanteile überhaupt trifft der §. 109 a. a. O. Bestimmung, lautend:

Die Exekution in den Anteil eines Gewerken wird durch Abpfändung seines Kuxscheins und Verkauf desselben im Wege der Mobiliarversteigerung vollstreckt.

Es wird hier keine besondere Anweisung über die Verteilung der Kaufgelder gegeben, ebensowenig wie der §. 231 a. a. O. eine solche bezüglich der unbeweglichen Kuxe des alten Rechts enthält, welche im Wege der Subhastation verkauft wurden. In Ermangelung einer besonderen Anweisung kann nur angenommen werden, daß die Verteilung der Kaufgelder nach den allgemeinen, im Civilrecht geltenden Vorschriften erfolgen soll. Es ist diese Annahme umsomehr geboten, als nach Inhalt der Motive (a. a. O. S. 11) bei Abfassung des Allgemeinen Berggesetzes der Grundsatz maßgebend war, die allgemeinen civilrechtlichen Vorschriften auch für die bergrechtlichen Verhältnisse anzuerkennen, um Rechtsstörung und Konflikte zu vermeiden und das neue Berggesetz auf diejenigen Gegenstände zu beschränken, welche wegen der eigentümlichen Natur des Bergbaues und wegen seiner besonderen Bedürfnisse eine, von dem allgemeinen Rechte abweichende rechtliche Behandlung erheischen.

Es kann aber überhaupt in dem Absatz 2 des §. 131 a. a. O.:

Aus dem gelösten Kaufpreise werden zunächst die Verkaufskosten und sodann die schuldigen Beiträge gezahlt,

nicht die Erteilung eines Vorzugsrechts für die Zubußeforderung vor den anderen Gläubigern, insbesondere nicht vor den Pfand- und Hypothekengläubigern des säumigen Gewerken gefunden werden. Wörtlich ausgesprochen ist die Erteilung eines solchen Vorrechts nicht. Die anderen Gläubiger des Gewerken werden gar nicht erwähnt. Es war auch hier nicht der Ort, eine Kollision mit ihnen zu regeln, weil es sich hier lediglich um die Beziehung zwischen der Gewerkschaft und dem Gewerken handelt, der unter Überreichung seines Kuxscheines den Verkauf seines Anteils zur Befriedigung der Gewerkschaft anheimgestellt hat (§. 130), und weil der Gewerke, der seinen Anteil zum Faustpfand bestellt und zu dem Zweck dem Faustpfandgläubiger den Kuxschein übergeben hat (§. 108), ohne Rückerwerb des Kuxscheins gar nicht in der Lage ist, den Verkauf aus §. 130 der Gewerkschaft anzubieten.

Es darf auch mit Sicherheit angenommen werden, daß der Gesetzgeber, wenn er bei der erstrebten Übereinstimmung mit dem Civilrecht einen von diesem abweichenden und für das Verhältnis zwischen Gewerken und Gewerkschaft, sowie für die Kreditfähigkeit des Kuxes so einflußreichen Grundsatz hätte aufstellen wollen, dies in einer ausdrücklichen Anordnung gethan hätte und zwar an der Stelle, wohin ein solcher Satz nach der systematischen Anordnung des Berggesetzes gehört hätte, nämlich im Anschluß an den §. 109, wo von der Vollstreckung der Exekution in die Kuxe die Rede ist. Die Motive sagen auch mit keinem Worte, daß die Absicht vorgewaltet hat, ein solches Vorrecht einzuführen. Im Anschluß an die erstrebte Übereinstimmung mit dem Civilrecht verordnet der §. 249 des Allgemeinen Berggesetzes:

Die besonderen Vorschriften über die Teilnahmerechte der Berggläubiger bei der Verteilung der Kaufgelder und Revenüen von Bergwerken im Konkurse und in der notwendigen Subhastation sind aufgehoben.

Dagegen wird den Bergarbeitern in Beziehung auf die Rückstände aus dem letzten Jahre an Lohn und anderen Emolumenten das Vorrecht des §. 50 der Konkursordnung vom 8. Mai 1855, und im Gebiete des rheinischen Rechts das Privilegium des Artikels 2101 Nr. 4 des bürgerlichen Gesetzbuchs beigelegt.

Die Motive zu dem, dem §. 249 des Gesetzes entsprechenden §. 248

des Entwurfs (S. 131) rechtfertigen die hierdurch bewirkte Aufhebung der in den Bergordnungen und im A.L.R. II. 16. §. 343 enthaltenen und in dem §. 63 Absatz 3 und §. 402 der Konkursordnung vom 8. Mai 1855 in Bezug genommenen Bestimmungen über die Rangordnung der Berggläubiger mit der Bemerkung, daß zum Teil die dort aufgeführten privilegierten Forderungen nicht mehr beständen, daß aber, soweit sie noch in Betracht kämen, es ausreiche, wenn bei Befriedigung derselben die allgemeinen Vorschriften über die Rangordnung der Gläubiger, insbesondere auch diejenigen der Konkursordnung (§§. 46 flg. und §§. 383 flg.) zur Anwendung kämen. Nur zur Sicherung der Bergarbeiter sei das, für diese eingeführte Vorrecht erforderlich (Motive S. 131). Die Fassung des §. 249 ist eine ganz allgemeine, und die landrechtliche Vorrechtsordnung (A.L.R. II. 16. §. 343) ist aufgehoben, gleichviel, ob es sich um den notwendigen Verkauf eines ganzen Bergwerks oder einzelner Bergwerksanteile handelt.

Vergl. A.L.R. II. 16. §§. 341 flg., A.G.O. I. 50. §§. 672 flg. 677.

Mit dieser im §. 249 des Berggesetzes ausgesprochenen Aufhebung der Vorrechte der sogenannten Berggläubiger und mit der Motivierung dieser Aufhebung aus der beabsichtigten Einführung der civilrechtlichen Vorrechtsordnung ist die Annahme nicht zu vereinigen, daß das Berggesetz im §. 131 ein ganz neues, vom Civilrecht abweichendes Vorrecht der Gewerkschaft an den Kuxen wegen der Zubuße hat schaffen wollen.

In keinem etwa ähnlichen Rechtsinstitute des Allgemeinen Landrechts (Miteigentum T. I. Tit. 17 Abschn. 1) (Vertragsmäßige Gesellschaft T. I. Tit. 17 Abschn. 3 §§. 203. 204) wird dem Mitgenossen wegen Ansprüchen aus der Gemeinschaft an einen anderen Mitgenossen ein Vorzugsrecht vor dessen Gläubigern gewährt. Die singuläre Vorschrift bezüglich der Nutzungen einer im Miteigentum befindlichen Sache (A.L.R. I. 17. §. 51) ist hier nicht von Einfluß.

Läßt sich hiernach ein Vorzugsrecht für die Zubuße weder aus dem Allgemeinen Berggesetz, noch aus der landrechtlichen Gesetzgebung herleiten, so würde die Bewilligung eines solchen mit dem, nach der landrechtlichen Gesetzgebung geltenden Pfand- und Hypothekenrechte ganz unvereinbar sein.

Die mobilen Kuxe des Allgemeinen Berggesetzes, die gewerkschaftlichen Anteile (§. 101), sind Geschäftsanteile. Sie repäsentieren die Mitgliedschaft an der Gewerkschaft, umfassen den Inhalt aller mit dieser

Mitgliedschaft verbundenen Rechte und Pflichten und sind besondere Vermögensobjekte, über welche ausschließlich der Gewerke das alleinige Eigentums- und Verfügungsrecht hat.

Allgemeines Berggesetz §§. 104. 107. 108; Motive zur Regierungsvorlage S. 68 letzter Absatz, S. 74 zu §. 102, S. 75 zu §. 109.

Insbesondere kann der Gewerke diese Kuxe zur Sicherstellung seiner Privatschulden durch Verpfändung benutzen. Diese Kreditfähigkeit würde vollständig in Frage gestellt werden, wenn der Faustpfandgläubiger der Kuxe der Besorgnis ausgesetzt wäre, daß ihm das Objekt seiner Befriedigung gegen das Princip der Publizität durch ihm unbekannte, lediglich von der Mehrheit in den Gewerkenversammlungen abhängige Zubußeausschreibungen entzogen werden könnte.

Bei den Gewerkschaften des alten Rechts steht dem beanspruchten Vorzugsrechte die Hypothekenbuch- und Grundbuchverfassung entgegen. Das Hypothekenblatt eines jeden Bergwerks lautet über das verliehene Bergwerkseigentum, wie über eine unbewegliche Sache.

A.L.R. II. 16. §. 253; Allgemeines Berggesetz §. 50; Gesetz über den Eigentumserwerb ꝛc der Grundstücke vom 5. Mai 1872 §. 68; Grundbuchordnung vom 5. Mai 1872 §§. 3. 6 Abs. 3.

Während bei den Gewerkschaften des neuen Rechts der Besitztitel auf den Namen der Gewerkschaft berichtigt ist (Berggesetz §. 96), sind bei den Gewerkschaften des alten Rechts die einzelnen Gewerken unter Angabe der Anzahl der ihnen gehörigen Kuxe als Besitzer eingetragen.

Vergleiche das Formular 3 zu §. 17 der Grundbuchordnung.

Die Gewerken sind inhalts des Grundbuches Miteigentümer einer unbeweglichen Sache und stehen den Miteigentümern eines Grundstücks (A.L.R. T. I. Tit. 17 Abschn. 1) ganz gleich. Das Grundbuch lautet nicht über die Kuxe als Geschäftsanteile an dem gewerkschaftlichen Unternehmen, wenngleich die alten Kuxe diese Eigenschaft nebenher auch haben, sondern über die Kuxe als Miteigentumsanteile an einer unbeweglichen Sache. Indem der Gewerke seine Kuxe zur Hypothek bestellt, erwirbt der Gläubiger an diesem Miteigentumsanteil des Bergwerks ein Hypothekenrecht, dessen Realisierung er nach der gesetzlichen Rangordnung

(A.L.R. I. 20. §. 500, — Gesetz über den Eigentumserwerb ꝛc vom 5. Mai 1872 §§. 17. 34)

erwarten darf, und dessen Wert ihm nicht durch persönliche Forderungen der anderen Mitgewerken aus der zwischen diesen und seinem Verpfänder

bestehenden Gemeinschaft geschmälert werden darf. Dies ist schon nach dem im Landrecht geltenden Princip der Publizität und Specialität für Forderung und Pfandobjekt unzweifelhaft, und gilt, wenn möglich, in noch höherem Grade nach dem Gesetz vom 5. Mai 1872, zumal hier selbst die Hypothekenbestellung für Forderungen, welche der Höhe nach unbestimmt sind, z. B. für unbestimmte Kautionsforderungen verboten ist (§§. 23. 24), und selbst alle dinglichen Rechte, die auf einem privatrechtlichen Titel beruhen, gegen Dritte nur durch Eintragung Wirksamkeit erlangen (§. 12).

In der Judikatur hat das preußische Obertribunal in einer Reihe von Erkenntnissen das von den Gewerkschaften beanspruchte Pfand- oder Vorzugsrecht nicht anerkannt.

Erk. vom 30. November 1874 (Entsch. Bd. 73 S. 219); vom 7. September 1877 (Brassert's Zeitschrift für Bergrecht Bd. 19 S. 100) und vom 28. Juni 1878 (Entsch. Bd. 82 S. 45).

Von den bergrechtlichen Schriftstellern sind derselben Ansicht: Oppenhoff (Allgemeines Berggesetz Note 589. 709. 710); der Verfasser des Allgemeinen Berggesetzes, der Berghauptmann Brassert (Zeitschrift für Bergrecht Bd. 19 S. 100 Note; Bd. 20 S. 77); Baron (Brassert's Zeitschrift Bd. 20 S. 307); Raht (Brasserts Zeitschrift Bd. 19 S. 482).

Auch hat der als bergrechtlicher Schriftsteller bekannte damalige Handelsminister Achenbach in der Sitzung des Hauses der Abgeordneten vom 12. Dezember 1877 sich für die Ansicht des Obertribunals ausgesprochen, als der Antrag eingebracht worden war, das fragliche Vorzugsrecht durch ein Gesetz außer Zweifel zu stellen.

(Drucksachen des Hauses der Abgeordneten von 1877, Stenographische Berichte S. 882, auch abgedruckt in Brassert's Zeitschrift Bd. 19 S. 336.)

Aber auch die entgegenstehende Meinung hat vielfache Verteidigung gefunden, in der Judikatur namentlich von dem früheren Appellationsgericht zu Hamm (Brasserts Zeitschrift Bd. 18 S. 392) und von Strohn (Brassert's Bd. 7 S. 43 flg., namentlich S. 52. 54); von Klostermann (Allgemeines Berggesetz 3. Ausgabe Note 234. 276, im Lehrbuch des preuß. Bergrechts S. 258. 272. 273. und in Brassert's Zeitschrift Bd. 18 S. 229); von Plathner (Brassert a. a. O. Bd. 19 S. 353 flg.) und Arndt (Brassert a. a. O. Bd. 19 S. 200 und

S. 311 flg.). Es ist teils ein dingliches und Pfandrecht, teils nur ein Vorrecht behauptet worden. Klostermann hat seine anfängliche Annahme, daß ein dingliches und Vorzugsrecht bestehe, später auf die Annahme eines Vorzugsrechts beschränkt (Brassert a. a. O. Bd. 18 S. 229), und Arndt hat seine ursprüngliche Ansicht bezüglich der immobilen Kuxe des alten Rechts wegen §. 12 des Eigentumserwerbsgesetzes vom 5. Mai 1872 modifiziert (Brassert a. a. O. Bd. 19 S. 319).

Sowohl die Verteidiger des dinglichen oder Pfand- und des Vorzugsrechts, als die Gegner finden Unterstützungsmomente für ihre Ansicht in dem Rechtszustande vor Einführung des Allgemeinen Berggesetzes und in der Entstehungsgeschichte des §. 131 des Allgemeinen Berggesetzes, und es ist auf diese beiden Punkte näher einzugehen.

Im Anschluß an das Retardat- und Kaduzierungsverfahren des gemeinen Bergrechts

(vgl. Hacke, Kommentar über das Bergrecht §§. 554 flg. und Karsten, Grundriß der deutschen Bergrechtslehre §§. 262. 300)

und der drei revidierten Bergordnungen

(der kleve-märkischen Kapitel 37, der schlesischen Kapitel 38, der magdeburg-halberstädtischen Kapitel 38: Brassert's Bergordnungen der preuß. Lande S. 810. 994. 1086)

bestimmte das Allgemeine Landrecht II. 16. §§. 274. 280 bis 282, daß der Gewerke, welcher die vom Bergamt ausgeschriebene Zubuße nicht rechtzeitig zahlte, durch ein einfaches Dekret des Bergamtes seiner Kuxe für verlustig erklärt werden konnte. Der kaduzierte Kux wurde von dem Bergamte zum besten der Gewerkschaft verkauft oder gegen Entrichtung der rückständigen Zubuße einem sogenannten gehorsamen Gewerken oder auch einem Fremden überlassen. Vermöge eines dinglichen Rechts ging der Zubußrückstand auf den neuen Erwerber nicht über. Seine Zahlungsverpflichtung beruhte auf seiner Übernahmerklärung; auch bei freiwilligen Veräußerungen eines Kuxes sollte nach A.L.R. II. 16. §. 261 die Zuschreibung (im Berggegenbuche) nicht eher erfolgen, als bis der Käufer sich zur Übernahme des Zubußenrückstandes bereit erklärt hatte. Dieser hier für erforderlich erachteten Übernahmerklärung würde es bei einem vorwaltenden dinglichen Rechte nicht bedurft haben. Nach §. 331 a. a. O. verlor der Hypothekengläubiger mit der Kaduzierung des Kuxes sein dingliches Recht. Es wird dieser Verlust aber als eine Folge des Unterganges des Pfandobjektes

aufgefaßt. Mit dem Kaduzierungsdekret fiel der Kux an die Gewerkschaft, und der Hypothekengläubiger verlor sein Pfandrecht. Es läßt sich aus dieser gleichzeitig eintretenden Wirkung aber nicht ein dingliches oder Vorzugsrecht der Gewerkschaft vor dem Hypothekengläubiger konstruieren, welches etwa auch außer dem Falle der Kaduzierung zur vorzugsweisen Befriedigung der Gewerkschaft geführt hätte. Fand bei Ausschreibung der Zubuße das amtliche Zubuße- und Kaduzierungsverfahren im A.L.R. II. 16. §§. 274 flg. nicht statt, hatte vielleicht auf Grund des Gesetzes vom 12. Mai 1851 §. 18 Nr. 5 (G.-S. S. 265 flg.) der Repräsentant Betriebsgelder ohne Vermittelung des Bergamtes erfordert

(vgl. Erk. des Obertribunales vom 18. Februar 1859, Entsch. Bd. 41 S. 371)

und wurde deshalb oder wegen anderer Schulden des Gewerken dessen Berganteil im Wege der Exekution zur Subhastation gebracht, so stand auch früher der Gewerkschaft kein Vorrecht vor den Hypothekengläubigern zu, die auf dem subhastierten Anteile eingetragen waren. Die Verteilung der Kaufgelder erfolgte in der im §. 343 Titel 16 Teil II. A.L.R. angegebenen Rangordnung.

Vgl. Konkursordnung vom 8. Mai 1855 §§. 402. 383 flg. 63.

Die Zubußeforderung ist unter den privilegierten Forderungen des §. 343 A.L.R. II. 16 nicht aufgeführt und nur die hier genannten Forderungen haben das Privilegium.

Vgl. Erk. des Obertribunales vom 5. Januar 1854 (Strieth. Arch. Bd. 11 S. 186); Erk. vom 28. September 1854 (Strieth. Arch. Bd. 15 S. 48); Erk. vom 18. Februar 1859 (Entsch. Bd. 41 S. 371).

In dem in Striethorst, Archiv Bd. 11 S. 182 und, ausführlicher, in den Entscheidungen Bd. 82 S. 50 mitgeteilten Erkenntnis vom 5. Januar 1854 hat das Obertribunal in Übereinstimmung mit den Richtern der Vorinstanzen in einem Prioritätsstreit zwischen dem auf den subhastierten Kuxen eingetragenen Hypothekengläubiger und denjenigen Personen, welche die vom Bergamt ausgeschriebene Zubuße vorschußweise bezahlt hatten, ungeachtet des damals geltenden jus subintrandi (A.G.O. I. 50. §. 161; Anhang 331 im Gegensatz zur Konkursordnung vom 8. Mai 1855 §. 11) die Streitmasse dem Hypothekengläubiger zuerkannt. Abgesehen von dem aufgehobenen Kaduzierungsverfahren, welches aber auch

früher nicht notwendig eintreten mußte, ist es also nicht richtig, wenn behauptet wird, daß der frühere Rechtszustand ein für die Gewerkschaft günstigerer gewesen sei, und daß die Versagung des Vorrechts mit der bis zur Einführung des Allgemeinen Berggesetzes üblichen Gerichtspraxis im Widerspruch stehe.

Der §. 131 des Allgemeinen Berggesetzes ist, wie folgt, entstanden.

In dem „vorläufigen Entwurfe eines Allgemeinen Berggesetzes nebst Motiven" vom Jahre 1862 befanden sich keine besonderen Vorschriften über die Beitreibung der Zubuße, und hiernach hatte die Gewerkschaft nur ein persönliches Forderungsrecht gegen den Gewerken wegen dieser Beiträge.

Vorläufiger Entwurf eines Allgemeinen Berggesetzes, Berlin, S. 112. 113. 114. 115.

Klostermann schlug in seinen Bemerkungen vom Jahre 1863 zu diesem Entwurf vor, dem Gewerken die jetzt im §. 130 ausgesprochene Befugnis zu gewähren, und knüpfte hieran im Anschluß an den Gesetzentwurf über die Mobilisierung der Kuxe vom Jahre 1861 und an das österreichische Berggesetz vom 23. Mai 1854 §. 164, welches statt der Kaduzierung den Zwangsankauf anordnet und bei der Verteilung der Kaufgelder die Zubuße unmittelbar nach den Verkaufskosten loziert, folgenden Vorschlag:

Aus dem gelösten Kaufpreise werden die Verkaufskosten und die rückständigen und die laufenden Zubußen gezahlt.

Der Überrest wird, soweit er nicht von Pfandgläubigern oder sonstigen Berechtigten in Anspruch genommen wird, dem Gewerken ausgeantwortet.

(Bemerkungen über den Entwurf eines allgem. Berggesetzes für die preußischen Staaten von Klostermann S. 89.)

Demnächst lautete die Regierungsvorlage vom Jahre 1865:

§. 131. Der Verkauf des Anteils erfolgt im Wege der Exekution nach Vorschrift des §. 109.

Aus dem gelösten Kaufpreise werden zunächst die Verkaufskosten und sodann die schuldigen Beträge gezahlt. Der Rest gebührt den etwaigen Gläubigern, und nur, was nach Befriedigung derselben übrig bleibt, kann der Gewerke in Anspruch nehmen.

Nachdem die Motive die Notwendigkeit einer Beseitigung des Ka-

duzierungsverfahrens dargelegt, aber für die Befugnis des Gewerken in §. 130 sich erklärt haben, heißt es in denselben S. 81:

Dies braucht indes nicht, wie nach seitherigem Rechte, dadurch zu geschehen, daß der Gewerke sich mit seinem Anteile kaduzieren läßt; denn die Kaduzierung entzieht ihm ohne hinreichenden Grund mit seinem Eigentume auch denjenigen Wert desselben, welcher den verschuldeten Beitrag übersteigt, und ebenso entgeht dieser überschießende Wert seinen Gläubigern. Beides wird vermieden, wenn der Gewerke seinen Anteilschein der Gewerkschaft überliefert, um den Anteil zum Zwecke ihrer Befriedigung zu verkaufen (§. 130).

Der Verkauf muß alsdann zur Sicherstellung des Schuldners im Wege der Exekution durch Mobiliarversteigerung und die Verteilung des Erlöses nach der den allgemeinen Grundsätzen entsprechenden Vorschrift des §. 131 erfolgen.

Die Kommission des Herrenhauses beschloß den Satz:

Der Rest gebührt den etwaigen Gläubigern und nur, was nach Befriedigung derselben übrig bleibt, kann der Gewerke in Anspruch nehmen,

als selbstverständlich zu streichen.

(Drucksachen des Herrenhauses pro 1865 Nr. 36 S. 49)

und die Kommission des Abgeordnetenhauses bemerkte zum §. 131:

Das bisherige Kaduzierungsverfahren beruhte auf der amtlichen Konstatierung der Grubenhaushaltsverhältnisse durch die Bergbehörde. Es muß als eine konsequente und glückliche Reform des gegenwärtigen Gesetzes betrachtet werden, daß es die Beitreibung der Gewerkenbeiträge von den Einzelnen auf den gewöhnlichen Civilweg zurückgeführt. Das Herrenhaus hat die Materie dieses Paragraphen nicht geändert. Daß der bei der Mobiliarversteigerung einer Kuxe nach Abzug der Verkaufskosten und schuldigen Beiträge übrig bleibende Erlös dem exekutierten Gewerken zusteht, sofern kein Dritter darauf begründete Ansprüche erhebt, versteht sich von selbst, und sind die dies ausdrückenden Worte deshalb mit Recht vom Herrenhause aus dem Paragraphen beseitigt.

Die Verteidiger des Vorrechts finden nun in dieser Entwickelung des §. 131 die Anordnung des Vorrechts. Die Fassung in der Regierungsvorlage erklärt sich aber, wie auch der Verfasser der Berggesetzes sagt (Brassert's Zeitschrift Bd. 20 S. 77), dadurch, daß es sich ledig-

lich um die Beziehungen zwischen Gewerkschaft und Gewerken handelte, nicht aber darum, die Kollision der Gewerkschaft mit anderen Gläubigern des Gewerken zu entscheiden. Die Erwähnung dieser anderen Gläubiger ist also nur eine beiläufige und überdies in das Gesetz selbst gar nicht übergegangen. Die Motive ordnen kein Vorrecht an, bemerken vielmehr,

daß der Erlös nach den den allgemeinen Grundsätzen entsprechenden Vorschriften des §. 131 erfolgen solle.

Damit kann nur auf die allgemeinen civilrechtlichen Vorschriften verwiesen sein, ganz entsprechend der Tendenz des Berggesetzes, sich möglichst mit dem allgemeinen Civilrecht in Einklang zu setzen, und diese Tendenz ist von den Kommissionen beider Häuser des Landtags gebilligt worden.

Der Sinn der Worte: „nach der den allgemeinen Grundsätzen entsprechenden Vorschrift des §. 131" soll zwar nach dem Aufsatz in Brassert's Zeitschrift Bd. 19 S. 360 der sein: „die für den §. 131 vorgeschlagene Bevorzugung der Ansprüche der Gewerkschaft wegen der schuldigen Beiträge vor den Ansprüchen der Pfandgläubiger entspreche den bei der zwangsweisen Veräußerung von Kuxen allgemein geltenden Grundsätzen". Solche allgemeine Grundsätze sind aber in keinem Gesetze ausgesprochen, und auf mehr oder weniger willkürliche Abstraktionen aus einem vermeintlichen Gewerkschaftsrecht kann es nicht ankommen. In letzterer Beziehung sucht gerade der Verfasser des Allgemeinen Berggesetzes (Zeitschrift Bd. 20 S. 71. 76) nachzuweisen, daß das beanspruchte Vorrecht mit der rechtlichen Gestaltung des Gewerkschaftsrechts im Berggesetze ebensowenig verträglich sein würde, wie mit dem Geiste des neueren Pfand- und Hypothekenrechts.

Ganz zutreffend heißt es a. a. O. S. 78 sodann:

Im übrigen muß es für die Frage des Vorrechts als unerheblich betrachtet werden, daß durch die Entstehungsgeschichte der mehrerwähnten Vorschrift im §. 131 Abs. 2 Zweifel über die Tragweite der letzteren verschuldet worden sind, denn jedenfalls enthält diese Vorschrift nicht das, was zur Annahme des Vorrechts erforderlich sein würde, nämlich die Einführung desselben im neueren Gewerkschaftsrecht.

Das Vorrecht der Gewerkschaft wird von Dernburg (Lehrbuch des preuß. Privatrechts 2. Aufl. Bd. 1 S. 628 und Note) unter Hin-

weis auf Plathner (Gruchot, Beiträge Bd. 22 S. 288, auch abgedruckt in Brassert's Zeitschrift Bd. 19 S. 353) aus den allgemeinen Grundsätzen des Miteigentums hergeleitet, indem als Anteil des einzelnen Gewerken nur das zu erachten sei, was nach Abzug der an die Gemeinschaft zu machenden Gegenleistung übrig bleibe, der Nettoanteil; und es wird hierbei auf den auf gleichem Princip beruhenden §. 44 der Reichskonkursordnung (preuß. Konkursordnung §§. 36. 291) Bezug genommen. Auch anderweitig wird aus dem Absonderungsrecht gewisser Gemeinschaften, Handelsgesellschaften und Wirtschaftsgenossenschaften,

(unter Hinweis auf das Handelsgesetzbuch Art. 119. 124. 126. 129. 130. 132. — Reichsgesetz über die privatrechtliche Stellung der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften vom 4. Juli 1868 §§. 13 flg., B.G.B. S. 415)

und aus der Befugnis der Mitreder zur Aufrechnung von Forderungen aus dem Rhedereibetrieb gegenüber dem dritten Erwerber einer Schiffspart

(unter Bezug auf das Handelsgesetzbuch Art. 471 Abs. 3)

für das Bestehen des Vorzugsrechts deduziert.

Die allgemeinen Grundsätze des Miteigentums und das dem Absonderungsrecht im Konkurse (preuß. Konkursordnung §. 36, Reichskonkursordnung §§. 14. 44) zum Grunde liegende Princip können aber zur Bewilligung des hier streitigen Vorzugsrechts nicht führen.

Bei den Gewerkschaften des neuen Rechts besteht zwischen den Gewerken und der Gewerkschaft keine Vermögensgemeinschaft. Die Gewerkschaft besitzt als selbständiges Rechtssubjekt ihr eigenes Vermögen.

(Allgemeines Berggesetz §§. 96. 99.; Motive zur Regierungsvorlage S. 67 flg.)

An diesem Gewerkschaftsvermögen hat der Gewerke kein Miteigentum.

Erk. des Obertribunales vom 7. Januar 1874 und 14. September 1877, Entsch. Bd. 71 S. 261, Bd. 80 S. 292.

Andererseits hat die Gewerkschaft an dem im Sondereigentum des Gewerken befindlichen Kuxe kein auf einer Gemeinschaftlichkeit beruhendes Recht. Es fehlt also an der in dem angeführten Paragraphen der Konkursordnungen vorausgesetzten Gemeinschaft, bei deren Teilung und Auflösung die Absonderung und wechselseitige Abrechnung stattfinden könnte.

Mit Recht wird die Anwendbarkeit des §. 44 der Reichskonkursordnung auf Aktiengesellschaften und auf Kommanditgesellschaften auf Aktien verneint, weil bei diesen das Recht des Gesellschafters in der veräußerlichen Aktie, nicht in einem quotitativen Anspruch an das Aktivvermögen besteht (Argum. Handelsgesetzbuch Artt. 200. 216 Abs. 2). (von Sarwey, Reichskonkursordnung S. 339.)

Die Gewerkschaften des alten Rechts haben keine juristische Persönlichkeit. Die §§. 94—98 des Berggesetzes finden auf sie nicht Anwendung (§. 227). Die Gewerken sind als Miteigentümer die Rechtssubjekte.

A.L.R. II. 16. §. 268; Teil I. Titel 17 (allgemeine Grundsätze); Gesetz vom 12. Mai 1851 §. 1; A.L.R. II. 6. §. 12; Erk. des Obertribunales vom 7. September 1877 (Entsch. Bd. 80 S. 251. 254); Erk. des Obertribunales vom 26. Juni 1872 (Entsch. Bd. 67 S. 239).

Ist also auch bei diesen alten Gewerkschaften eine den allegierten Vorschriften der Konkursordnungen entsprechende Gemeinschaft vorhanden, so ist doch hier ebenso, wie bei den Gewerkschaften des neuen Rechts eine Teilung und Auseinandersetzung, so lange die Gewerkschaft besteht, unmöglich, also eine Gelegenheit zur Geltendmachung des Absonderungsrechts nicht gegeben. Bei beiden Arten der Gewerkschaft ist ein Antrag auf Teilung unstatthaft.

Allgemeines Berggesetz §§. 100. 226. 227.; Gesetz vom 12. Mai 1851 §. 2.

An sich ist auch das in den angeführten Bestimmungen der Konkursordnungen den Teilnehmern gewisser Gemeinschaften eingeräumte Absonderungsrecht von dem Vorrecht vollständig verschieden, welches die Klägerin beansprucht. Das Absonderungsrecht besteht in der Befugnis, aus dem Anteile, welchen der Gemeinschuldner bei der Teilung oder sonstigen Auseinandersetzung der Gemeinschaft enthält, abgesonderte Befriedigung bezüglich der auf das Gemeinschaftsverhältnis sich gründenden Forderungen zu verlangen. Die Klägerin dagegen beansprucht nicht vorzugsweise Befriedigung aus dem ermittelten Anteile des Gemeinschuldners an dem früher gemeinschaftlichen Vermögen, sondern bei fortbestehender Gemeinschaft vorzugsweise Befriedigung aus den Kaufgeldern, welche bei dem zwangsweisen Verkaufe des dem alleinigen Verfügungsrecht des Gemeinschuldners unterliegenden Anteilsrecht an der fortbestehenden Gemeinschaft gelöst wird.

Von den Verteidigern des Vorzugsrechts wird noch die Unbilligkeit hervorgehoben, die darin liegen soll, daß die von den gehorsamen Gewerken gezahlte Zubuße zum besten des Bergwerks verwendet und dessen Wert erhöht werde, und daß dann bei dem zwangsweisen Verkauf der durch diese Wertserhöhung mitverbesserten Kuxe des säumigen Gewerken in dem höheren Kaufpreise der Vorteil dem Pfandgläubiger desselben zu statten komme. Die Nützlichkeit einer Verwendung begründet aber nicht die Dinglichkeit und nicht ein Vorrecht für die auf Erstattung der Verwendung gerichtete Forderung. Nach der Rangordnung der allgemeinen Gerichtsordnung kamen gewisse Verwendungen erst nach den Hypothekengläubigern in der vierten Klasse zur Hebung (A.G.O. I. 50. §§. 424—426); und ebenso gingen unter den Berggläubigern (A.L.R. II. 16. §. 343) die Hypothekenforderungen (Nr. 6) den Verwendungsansprüchen (Nr. 7) vor. Die Konkursordnung vom 5. Mai 1855 kennt ein Vorrecht auf Grund der Verwendung überhaupt nicht mehr.

Es ist noch die Notwendigkeit des Vorrechts aus der vermeintlichen rechtlichen Natur des Kuxes hergeleitet werden. Aus der oben entwickelten rechtlichen Beschaffenheit der Kuxe ergiebt sich eine solche Notwendigkeit nicht. Auch hat der Gesetzgeber in einem späteren Falle die Versagung des Vorrechts sehr wohl mit der rechtlichen Natur des Kuxes für vereinbar gehalten. Bei Beratung über die Einführung des Allgemeinen Berggesetzes in das frühere Herzogtum Nassau kam es in der Kommission zur Sprache:

„daß in der Litteratur über die §§. 131 und 134 des Berggesetzes die Ansicht vertreten sei, daß den Gewerkschaften des neuen, sowie denen des früheren Rechts für ihre Forderungen auf Entrichtung der Beiträge gegen die Mitglieder der Gewerkschaft ein Vorrecht eingeräumt werden solle."

Die Kommission war darüber einverstanden, „daß ein solches Vorrecht, wenn es nach diesen Paragraphen bestehen sollte, worüber sich auszulassen, sie keine Veranlassung fand, für Nassau nicht herüber zu nehmen sei", weil es mit dem Nassauer Pfandsystem im Widerspruch stehe, und es ist deshalb im Art. 13 Abs. 2 der Einführungsverordnung vom 22. Februar 1867 (G.-S. S. 237) angeordnet, daß an der nassauischen Gesetzgebung über das Pfandrecht und die Rangordnung der Gläubiger im Konkurse nichts geändert werde.

Vgl. die Kommissionsprotokolle in Brassert's Zeitschrift Bd. 8 S. 22.

Auch der §. 111 der Subhastationsordnung vom 15. März 1869 (G.-S. S. 421 flg.) wird von den Verteidigern des Vorrechts für dieses angerufen. Es ist hier bestimmt, daß bei den Subhastationen von Bergwerken und Bergwerksanteilen der Repräsentant zu den Subhastationsinteressenten gehöre. Die Motive rechtfertigen diese Vorschrift zunächst aus dem Interesse, welches die Gewerkschaft auch an der Subhastation einzelner Kuxe hat und sodann in Rücksicht darauf, daß nach §§. 131. 234 des Berggesetzes die Ansicht vertreten wird (Zeitschrift für Bergrecht Bd. 7 S. 52), der Gewerkschaft komme auch bei unbeweglichen Bergwerksanteilen für rückständige Zubuße ein Vorzugsrecht gegenüber den Hypothekengläubigern zu.

Drucksachen des Hauses der Abgeordneten pro 1868/69 Nr. 71 S. 116.

Eine Billigung dieser hier in Bezug genommenen Ansicht ist von dem Verfasser der Motive und vom Gesetzgeber selbst nicht ausgesprochen.

Die mit dem 1. Oktober 1879 in Kraft getretenen, auf den vorliegenden Fall aber noch nicht anwendbaren Reichsgesetze, die Civilprozeßordnung und die Konkursordnung, lassen die unbeweglichen Kuxe des alten Bergrechts (A.L.R. II. 16. §. 253, Allgemeines Berggesetz §. 228) unberührt. Die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen einschließlich des Verteilungsverfahrens bestimmt sich nach den Landesgesetzen.

Civilprozeßordnung §. 757, Konkursordnung §. 39 Abs. 2, Motive zur Konkursordnung zu §. 39 (Stenographische Berichte des Reichstags von 1874/75 Bd. 4 S. 1448 bei Note 2. 3).

Preuß. Gesetz betreffend die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen vom 4. März 1879 §§. 1. 2 (G.-S. S. 102).

Für die beweglichen Kuxe — wie sie hier vorliegen — sind aber die genannten Reichsgesetze künftig maßgebend. Jedoch liegt gegenwärtig keine Veranlassung vor, darüber zu entscheiden, ob das von der Klägerin beanspruchte Vorzugsrecht mit den Bestimmungen dieser Reichsgesetze vereinbar sein würde.

Konkursordnung §§. 3. 40. 41; C.P.O. §§. 708. 709; Motive zu §. 41 der Konkursordnung (Stenographische Berichte des Reichstages von 1874/75 Bd. 4 Aktenstück zu Nr. 200 S. 1458g); Einfüh-

rungsgesetz zur C.P.O. §. 23; preuß. Ausführungsgesetz zur Konkursordnung vom 6. März 1879 §. 18."[1]

---

**79. Sind die Voraussetzungen der Rechtskraft nach dem Rechte zu beurteilen, welches für das Gericht gilt, vor welchem die Einrede der Rechtskraft vorgeschützt wird, oder nach dem Rechte desjenigen Gerichtes, welches das Urteil gefällt hat, auf welches die Einrede gestützt wird?**
**Bedeutung der Abweisung angebrachtermaßen.**

II. Civilsenat. Urt. v. 28. Dezember 1880 i. S. V. u. B. in Wiesbaden (Bekl.) w. H. in Berlin (Kl.). Rep. II. 324/80.

I. Stadtgericht Berlin.
II. Kammergericht daselbst.

Die Kläger, welche mit ihren vor den Königl. sächsischen Gerichten erhobenen Klagen „angebrachtermaßen" abgewiesen worden waren, stellten eine neue Klage vor dem Königl. Stadtgerichte in Berlin an; es wurde die Einrede der Rechtskraft vorgeschützt und entstand dabei insbesondere die Frage, ob die Bedeutung einer solchen Abweisung nach sächsischem oder nach preußischem Rechte zu beurteilen sei. Das Nähere ergiebt sich aus den

Gründen:

„Da der gegenwärtige Rechtsstreit vor preußischen Gerichten geführt

---

[1] Die Motive zur R.Konk.Ord. a. a. O. S. 1458 g. bemerken, daß falls nach dem preuß. Allg. Berggef. der Gewerkschaft wegen der Beiträge ein gesetzliches Pfandrecht zustehen sollte, für den Konkurs ein solches Pfandrecht ohne Besitz mit den Grundsätzen des Entwurfs schwer zu vereinigen sei, und daß deshalb die Bestimmung des bayerischen Berggesetzes, welches diese gesetzliche Hypothek anerkenne, nicht aufrecht erhalten werden könne. Dementsprechend hat das bayerische Ausführungsgesetz zur C.P.O. und zur Konk.Ord. vom 23. Februar 1879 im Art. 78 Nr. 2 den Art. 99 des bayerischen Berggef. vom 20. März 1869 abgeändert. Der Absatz 2 dieses Artikels, lautend: „Aus dem erlösten Kaufpreise werden zunächst die Kosten, sodann die schuldigen Beiträge des Gewerken gezahlt," ist gestrichen und durch die Anordnung ersetzt, daß der Ansteigerer der Gewerkschaft für die noch nicht gezahlten Beiträge haften solle. D. E.

wird, ist nach preußischem Rechte zu beurteilen, welches die Voraussetzungen für die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache sind; soweit aber zu den Bedingungen für die Einrede ein bereits ergangenes rechtskräftiges Urteil gehört, ist, da die beiden hier in Frage kommenden Urteile von Königl. sächsischen Gerichten erlassen worden sind, für die Bedeutung und Tragweite dieser Urteile das sächsische Recht maßgebend.

Es ist nun die erste von V. wegen angeblich unbefugter Aufführung der Oper „Tannhäuser" gegen den jetzigen Beklagten erhobene Klage durch das vom Reichsoberhandelsgericht am 21. April 1874 bestätigte Urteil „in der angebrachten Maße" deshalb abgewiesen worden, weil eine Theaterobservanz dahin angenommen wurde, daß der Pachter eines stehenden Theaters das Aufführungsrecht eines dramatisch-musikalischen Werkes für diese Bühne und nicht für seine Person erwerbe, und weil unbestritten Wirsing, der Pachtvorgänger des Beklagten, bereits im Jahre 1853 das Aufführungsrecht der gedachten Oper von deren Komponisten Richard Wagner erworben habe. Auch die zweite das Aufführungsrecht derselben Oper betreffende von V. gegen denselben Beklagten erhobene Klage ist in der „angebrachten Maße" abgewiesen und dies vom Reichsoberhandelsgericht unterm 29. Juni 1876 bestätigt worden.

Letztere Entscheidung beruht darauf, daß es nach dem zuerst erwähnten Urteile, dem Kläger unbenommen sein sollte, den erhobenen Anspruch durch eine neue Klage zu verfolgen, wenn er besondere Umstände darzulegen vermöchte, aus denen zu entnehmen wäre, daß die Ausübung des Aufführungsrechtes dem Pachtvorgänger des Beklagten nicht „für die Bühne in Leipzig", sondern nur seiner Person überlassen sei; daß nun aber in der neuen Klage solche besondere Umstände nicht geltend gemacht worden seien.

Diese Annahme des letzteren Urteiles, daß nach sächsischem Rechte durch die Abweisung angebrachtermaßen eine materielle, der Rechtskraft fähige Entscheidung geschaffen werde, deren Sinn und Umfang den Urteilsgründen zu entnehmen sei, entspricht vollkommen der in Sachsen geltenden Doktrin und Praxis. Vergl. Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung N. F. Bd. 3 S. 387 Note 2, S. 394 flg.; Bd. 6 S. 203 unter 2; Bd. 19 S. 428; Bd. 34 S. 138; Bd. 36 S. 147; Bd. 38 S. 528.

Es kann dahingestellt bleiben, ob nicht die erste Klage anstatt angebrachtermaßen definitiv abzuweisen gewesen wäre, weil es eigentlich nicht

an der Schlüssigkeit derselben fehlte, sondern, weil die Einrede, observanzmäßig habe die Leipziger Bühne das Aufführungsrecht erworben, nicht durch eine Replik dahin entkräftet worden, daß im gegebenen Falle der Pachter Wirsing nur für seine Person kontrahiert habe; bei dem Grundsatze der sächsischen Prozeßpraxis, daß einer liquiden Einrede schon in der Klage begegnet werden müsse (Osterloh, der ordentliche bürgerliche Prozeß §. 215), hat jene erste Abweisung angebrachtermaßen jedenfalls den Sinn, daß eine neue Klage nur erhoben werden könne, wenn darin solche besondere Umstände geltend gemacht würden, welche die liquide Einrede beseitigen, daß die vom Theaterpachter erworbenen Aufführungsrechte in der Regel für die Bühnen erworben seien.

Hiervon geht eigentlich auch die jetzige Klage vom 12. Juli 1878 aus, indem sie im Anschlusse an das Urteil vom 29. Juni 1876 der zu erwartenden Einrede der Rechtskraft mit der Behauptung solcher besonderen Umstände begegnet, aus welchen hervorgehen soll, daß der Pachtvorgänger des Beklagten das Aufführungsrecht nur für seine Person erworben habe. Nimmt man an, wozu deren Inhalt berechtigt, daß sie überhaupt nur auf diese Behauptungen gegründet werden sollte, so hat das Kammergericht die Einrede der Rechtskraft gar nicht zum Nachteile der Kläger, sondern nur zum Nachteile des Beklagten gewürdigt, weil es die Begründung einer neuen Klage durch Behauptung besonderer Umstände gedachter Art für zulässig erklärte, und müßte deshalb der Angriff der Nichtigkeitsbeschwerde für gegenstandslos erklärt werden. Aber auch, wenn man annehmen wollte, die Klage habe nicht nur auf diese Umstände, sondern in erster Linie auf das Autorrecht der Kläger, bezw. ihres Rechtsgebers und die neuesten Eingriffe in dasselbe durch den Beklagten gestützt werden wollen, so kann doch nicht angenommen werden, daß die Grundsätze über die Rechtskraft verletzt seien. Dem erkennenden Richter lag eine, wie bereits erwähnt, rechtskräftige Entscheidung des Inhaltes vor, daß nach bestehender Observanz angenommen werden müsse, die Aufführungen der Oper Tannhäuser durch den Beklagten auf der Leipziger Bühne seien rechtmäßige, weil ohne den Nachweis besonderer Umstände angenommen werden müsse, die Ausübung des Aufführungsrechtes sei für gedachte Bühne erlangt worden. Ob die Rechtskraft des Urteiles, wenn es in Preußen ergangen wäre, einen anderen Sinn gehabt hätte, ob überhaupt nach preußischem Prozeßrechte jene erste Klage angebrachtermaßen abgewiesen werden durfte, war gegenüber

der Thatsache, daß einmal ein solches Urteil der sächsischen Gerichte vorlag, nicht zu prüfen; übrigens mag darauf hingewiesen werden, daß die preußische Gerichtspraxis anerkennt nicht nur, daß eine im Tenor des Urteiles unbedingt lautende Klagabweisung thatsächlich doch nur eine solche angebrachtermaßen sein könne, sondern auch, daß zur Erklärung des Sinnes sowohl eines solchen als auch eines in der angebrachten Art abweisenden Urteiles die Gründe herangezogen werden dürfen. Vergl. Entsch. des R.O.H.G.'s Bd. 5 Nr. 35 S. 162. 163, Bd. 10 Nr. 25 S. 141, Bd. 11 Nr. 86 S. 256. 257, Bd. 16 Nr. 3 S. 9, Bd. 17 Nr. 74 S. 339. Wenn auch früher nur V. als Kläger aufgetreten war, während dermalen dieser und B. die Klage erhoben haben, so fehlt deshalb doch nicht die Identität der Prozeßparteien, denn, wie das Kammergericht mit Recht den Gründen zum Urteile vom 21. April 1874 entnimmt und thatsächlich feststellt, hatte V. früher für sich und als Cessionar des B. geklagt, indem dieser jenem seine Rechte aus dem von ihnen gemeinschaftlich am 24. Februar 1872 mit Richard Wagner abgeschlossenen Vertrage abgetreten hatte.

Auch die Thatsache ist ohne Einfluß, daß gegenwärtig wegen unbefugter Aufführungen aus den Jahren 1875 und 1876 geklagt wird; es mag hierwegen auf die Gründe zum Urteile des R.O.H.G.'s vom 29. Juni 1876 verwiesen werden, welche insofern auch für die nach preußischem Rechte zu beurteilende Voraussetzung der Rechtskraft zutreffen, als auch danach, der Verschiedenheit der verfolgten Ansprüche ungeachtet, die Identität der Rechtsstreite anzunehmen ist, wenn diese Ansprüche auf demselben Rechtsverhältnisse beruhen, über welches im früheren Prozesse entschieden worden ist. Vergl. z. B. die Entscheidung des Obertribunals vom 1. November 1875 (Entsch. Bd. 76 S. 267), wo beim Wechsel der Parteirollen und der Verschiedenheit des Klageantrages der Gesichtspunkt für entscheidend erklärt worden ist, daß das der Klage zu Grunde liegende Rechtsverhältnis durch die rechtskräftige Vorentscheidung seine endgültige rechtliche Feststellung und Lösung erhalten habe."

---

**80. Gebührt das den Ansprüchen der Kinder und Pflegebefohlenen des Gemeinschuldners wegen ihres gesetzlich in die Verwaltung oder Nutznießung des Gemeinschuldners gekommenen Vermögens zustehende**

**Vorzugsrecht im Konkurse auch der Erbteilsforderung, welche bei der Auseinandersetzung mit der als Vormünderin und Verwalterin des Nachlaßvermögens bestellt gewesenen Mutter für die Kinder ermittelt, aber nicht sofort gezahlt worden ist?**

Preuß. Konkursordnung v. 5. Mai 1855 §§. 80. 81.
Reichskonkursordnung §. 54 Nr. 5.
Preuß. Vormundschaftsordn. v. 5. Juli 1875 §§. 17 Nr. 3. 56. 57. 68.

V. Civilsenat. Urt. v. 19. Januar 1881 i. S. O. H., als Vormund der K.'schen Kinder in B., (Kl.) w. F. L., als Verwalter des K.'schen Konkurses daselbst (Bekl.). Rep. V. 548/80.

I. Landgericht Breslau.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Die obige Frage ist bejahet aus folgenden, den Sachverhalt ergebenden

Gründen:

„Wie der Berufungsrichter feststellt, hat die Gemeinschuldnerin, die Witwe Johanna K. — Gebrauch machend von dem ihr nach der preußischen Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 §. 17 Nr. 3 zustehenden Rechte — die Vormundschaft über ihre minderjährigen Kinder und damit die Verwaltung des ungeteilten Nachlasses ihres Mannes übernommen und beide — Vormundschaft und Verwaltung — in der Zeit vom 7. Februar 1876 bis zum 5. Februar 1878 geführt, wo der Kläger zum Vormunde bestellt und zwischen ihm und der Witwe am 12. März 1878 die Nachlaßregulierung durch Übereignung des Nachlasses an die Witwe und durch Auswerfung eines väterlichen Erbteiles von 3000 M. für die Kinder bewirkt wurde. Noch bevor die Auszahlung dieses Erbteiles seitens der Mutter erfolgte, wurde über deren Vermögen am 3. Mai 1879 der Konkurs eröffnet.

Die preußische Konkursordnung vom 5. Mai 1855 hat im §. 80 — in Anschluß an ältere preußische Gesetzesvorschriften und ganz übereinstimmend mit der Reichskonkursordnung §. 54 Nr. 5 — den Kindern und Pflegebefohlenen des Gemeinschuldners ein Vorrecht und zwar das der achten Rangklasse wegen ihres gesetzlich in die Verwaltung und Nutznießung oder nur in die Verwaltung des Gemeinschuldners gekommenen Vermögens eingeräumt, und der Grund für diese Bevorzugung liegt in dem Umstande, daß die Vermögensverwaltung durch

das Gesetz angeordnet ist, nicht auf dem freien Willen der Vertreter der Kinder und Pflegebefohlenen beruhet, und daß die entstandenen Ansprüche daher nicht auf eine Kreditbewilligung zurückgeführt werden können. Wentzel und Klose, die preußische Konkursordnung S. 165. 173.

Es kann nun — und das erkennt auch der Berufungsrichter an — nicht dem geringsten Zweifel unterliegen, daß dieses Vorrecht auch den klagenden Kindern durch die Thatsache erworben war, daß ihre Mutter — und spätere Gemeinschuldnerin — von dem gesetzlichen Rechte der Bevormundung ihrer Kinder und der Verwaltung des gemeinschaftlichen Nachlaßvermögens Gebrauch gemacht hat; denn hierdurch — also auf Grund des Gesetzes — war auch der erbschaftliche Vermögensanteil der Kinder — und zwar mit der Befreiung von der Sicherstellung und der jährlichen Rechnungslegung (preuß. Vormundschaftsord. §§. 57. 68. 56) — in die Verwaltung und Nutznießung der Mutter übergegangen.

Dieses so entstandene Vorrecht der Kinder und Pflegebefohlenen erlosch auch nicht mit dem Augenblicke der Beendigung der von der Mutter geführten Vormundschaft und Verwaltung, sondern nach der Vorschrift des §. 81 der preuß. Konkursord. erst dann, wenn die Forderungen der Kinder und Pflegebefohlenen (§. 80) nicht binnen zwei Jahren, nach Beendigung der gesetzlichen Vermögensverwaltung des Gemeinschuldners, im Wege der Klage geltend gemacht und bis zur Konkurseröffnung ununterbrochen verfolgt wurden. Diese Diligenz ist aber — wie der Berufungsrichter feststellt — geübt, da die Mutter — nach Beendigung der gesetzlichen Vermögensverwaltung im Jahre 1878 — bereits im Jahre 1879 zur Zahlung des ermittelten Kindervermögens verurteilt und der Anspruch in demselben Jahre zur Konkursmasse angemeldet worden ist.

Nun soll aber das gesetzliche Vorrecht der Kinder im Konkurse ihrer Mutter — nach der Ansicht des Berufungsrichters — durch die kurz nach Abgabe der gesetzlichen Vormundschaft vorgenommene Erbregulierung seine definitive Endschaft erreicht, daher zur Zeit der Konkurseröffnung nicht mehr bestanden haben, weil die — an die Stelle des ideellen Erbanspruches getretene — ausgeschichtete Erbteilungsforderung der Kinder nicht in die — damals beendete — vormundschaftliche Verwaltung der Mutter getreten sei, und weil — wenn

letzteres faktisch der Fall — die fortgeführte Verwaltung nicht auf dem Gesetze, sondern auf Privatwillkür beruhe, daher ein Vorrecht im Sinne des §. 80 a. a. O. nicht gewähre. Allein diese Auffassung legt dem gesetzlichen Vorrechte der Kinder und Pflegebefohlenen eine zu eingeschränkte Bedeutung bei; würdigt gar nicht das fortdauernde Recht nach Beendigung der gesetzlichen Vermögensverwaltung aus §. 81 a. a. O. und verbindet mit der stattgefundenen Erbregulierung eine Wirkung, die sie für jenes Vorrecht in Wirklichkeit nicht hat. Die Auseinandersetzung der Witwe mit ihren Kindern war nur ein Mittel, ideelle Vermögensansprüche zu individualisieren, und die solchergestalt ermittelten und festgestellten Abfindungssummen sind — so lange sie unbezahlt — nicht neue, von dem Erbanfalle vollständig losgelöste Forderungen, sondern ein Ersatz für die — früher in anderer Weise dargestellten — vermögensrechtlichen Erbansprüche. Diese Auseinandersetzung mit der verwaltenden Mutter enthält gleichzeitig eine Schlußrechnungslegung seitens der letzteren, zu welcher sie, als gesetzliche Vormünderin und Verwalterin des gemeinschaftlichen Vermögens, wie jeder andere Vormund, verpflichtet ist (preuß. Vormundschaftsord. §§. 68. 57; Loewenstein, Vormundschaftsordnung 2. Aufl. S. 107; Dernburg, das Vormundschaftsrecht 2. Aufl. S. 218. 239). Die auf diesem Wege ermittelte, bar zu zahlende Erbabfindungssumme gewährt ein Vorrecht aus demselben Rechtsgrunde, wie die im §. 80 der preußischen Konkursordnung bezeichneten Ansprüche der Kinder und Pflegebefohlenen wegen ihres in die Verwaltung des Gemeinschuldners gekommenen Vermögens und befindet sich, so lange sie nicht ausdrücklich kreditiert oder wegen Versäumnis der Einziehung nach §. 81 a. a. O. für kreditiert angesehen wird, ebenso ohne Willen der Kinder in den Händen des Gemeinschuldners, als früher das gemeinschaftliche Nachlaßvermögen selbst. Die Abfindung steht daher, wie das Vermögen der Kinder und als ein Anspruch aus der gesetzlichen Vermögensverwaltung, gleichmäßig unter dem Schutze der §§. 80 und 81 a. a. O.

Die entgegengesetzte Ansicht des Berufungsrichters verletzt daher das Gesetz und führte zur Aufhebung seines Urteils (Civilprozeßord. §§. 512. 527).

In der Sache selbst war — wie sich aus Vorstehendem von selbst ergiebt — der Anspruch des Klägers auf Anerkennung des für seine Pflegebefohlenen geltend gemachten Vorzugsrechtes als begründet an-

zuerkennen und daher die Berufung des Beklagten gegen das ihn verurteilende Erkenntnis erster Instanz zurückzuweisen."

---

## 81. Was ist in §. 51 des Gesetzes vom 29. Mai 1873 über das Grundbuchwesen in dem Bezirke des Appellationsgerichts zu Kassel (G.S. S. 273) unter „Rückständen aus den zwei letzten Jahren" zu verstehen, insbesondere wenn es sich um öffentliche Lasten handelt, welche ihrem Betrage nach einer vorherigen Feststellung im Verwaltungswege bedürfen?

III. Civilsenat. Urt. v. 28. Januar 1881 i. S. Stadt K. (Kl.) w. M. (Bekl.) Rep. III. 332/80.

I. Amtsgericht Kassel.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Wegen einer dem Rentier M. zu Kassel rechtskräftig zuerkannten, hypothekarisch gesicherten Forderung wurde gegen die Schuldnerin Ehefrau Sch. auf Antrag des Gläubigers das Zwangsversteigerungsverfahren vom Amtsgericht zu Kassel am 8. Juli 1879 eingeleitet. Da der Erlös zur Deckung der auf den verkauften Grundstücken ruhenden angemeldeten Forderungen nicht ausreichte, beantragte M. im Dezember 1879 die Einleitung des Verteilungsverfahrens. Die Stadt Kassel hatte zwei Forderungen, Beiträge zu Kosten der Straßenanlage und des Kanalbaues in der Wolfhager Straße auf Grund des Statuts vom 22. November 1867, betreffend die Beitragspflicht der Anlieger zu den Kosten der Straßenanlage, angemeldet, und dafür auf Grund der Bestimmungen in §§. 51 Ziff. 4 und 52 des Gesetzes vom 29. Mai 1873 ein Vorzugsrecht vor den eingetragenen Pfandgläubigern, insbesondere auch vor den von dem Rentier M. angemeldeten Hypothekenforderungen, in Anspruch genommen. M. bestritt dieses Vorzugsrecht, weil die von der Stadt geforderten Anliegerbeiträge nicht aus den letzten zwei Jahren herrührten, vielmehr schon im Jahre 1874 fällig geworden seien, da in diesem Jahre die Straße dem Verkehr übergeben sei und mit diesem Zeitpunkte die Beitragspflicht begründet werde. Die Stadt machte dagegen geltend, daß die fraglichen Beiträge der vorgängigen Feststellung

im Verwaltungswege bedurft hätten, diese Feststellung erst im Jahre 1879 definitiv erfolgt sei und die Beiträge erst jetzt von den Pflichtigen hätten eingezogen werden können. Das Amtsgericht kollocierte die Stadt Kassel jedoch nach dem Rentier M. Das Oberlandesgericht verwarf die dagegen erhobene Appellation und wurde die Nichtigkeitsbeschwerde aus folgenden

Gründen

zurückgewiesen:

„Das Oberlandesgericht geht zwar davon aus, daß die von der Stadt K. auf Grund des Statuts vom 22. November 1867, die Beitragspflicht der Anlieger zu den Kosten der Straßenanlagen betreffend, angemeldeten Beiträge der Ehefrau Sch. zu den Kosten der Anlage der Wolfhager Straße und des dortigen Kanalbaues, für welche sie ein Vorzugsrecht vor den von dem Imploraten M. angemeldeten Hypothekenforderungen in Anspruch nimmt, als auf dem Gemeindeverbande ruhende und der administrativen Beitreibung unterliegende gemeine Lasten im Sinne des §. 51 Ziff. 4 und §. 52 des Gesetzes über das Grundbuchwesen in dem Bezirke des Appellationsgerichts zu Kassel vom 29. Mai 1873 und zwar nach Inhalt des Statuts als solche zu betrachten seien, welche auf den an der angelegten Straße liegenden bebauten Grundstücken haften, weist jedoch den von der Implorantin erhobenen Anspruch ab, weil nach §. 51 a. a. O. mit bevorzugtem Pfandrecht vor den eingetragenen Pfandgläubigern auf jedem Grundstücke, ohne des Eintrages im Grundbuche zu bedürfen, nur die Rückstände solcher Lasten aus den zwei letzten Jahren haften, die von der Stadt Kassel angemeldeten Anliegerbeiträge aber als aus den letzten zwei Jahren vor der mit dem Rangbestimmungsentwurf vom 31. Dezember 1879 geschehenen Eröffnung des Verteilungsverfahrens herrührend nicht betrachtet werden können.

Der Appellationsrichter stellt auf Grund der Verhandlungen fest, daß die Wolfhager Straße schon im Februar 1874 dem Verkehr übergeben, der Kanalbau im Jahre 1875 vollendet worden und die Bebauung des Sch.'schen Grundstückes 1874 erfolgt sei. Er folgert aus diesen Thatsachen, in Verbindung mit den Vorschriften in §. 2 des Statuts, daß die Verpflichtung der Ehefrau Sch. zur Leistung der fraglichen Anliegerbeiträge schon im Jahre 1874 bezw. 1875 entstanden sei. Den Einwand der Appellantin, daß gleichwohl die Fälligkeit der frag-

lichen Beiträge erst zu einem späteren, innerhalb des entscheidenden zweijährigen Zeitraums liegenden Zeitpunkte eingetreten sei, da der Fälligkeitstermin erst mit der nach §. 6 des Statuts zu bewirkenden definitiven Feststellung der Beiträge durch die Verwaltungsbehörden eintrete, diese aber infolge der aus der Natur der Sache sich ergebenden Schwierigkeiten und der von den Pflichtigen gegen die Festsetzung des Stadtrats an die höheren Verwaltungsbehörden erhobenen Beschwerden bis zum Jahre 1879 sich verzögert habe, verwirft der Appellationsrichter, „weil aus §. 2 des Statuts folge, daß die Leistungspflicht des Schuldners mit dem Zeitpunkte der Übergabe der neu angelegten Straße an den Verkehr, bezw. des späteren Hausbaues entstehe, und damit zugleich der Eintritt der Fälligkeit der Schuld sich ergebe, während dadurch, daß nach §. 6 des Statuts die Kosten der Straßenanlage und des Kanalbaues, sowie die Beiträge der einzelnen Pflichtigen durch den Stadtrat der forderungsberechtigten Stadt K. festzustellen seien, nicht die Fälligkeit der Schuld und der Beginn der zweijährigen Frist hinausgeschoben, sondern nur dem Forderungsberechtigten eine Funktion zugewiesen werde, welche in jedem anderen, einer Berechnung und ziffermäßigen Feststellung bedürfenden Forderungsverhältnisse dem Gläubiger ganz ebenso obliege, für die Frage der Fälligkeit aber ohne Einfluß sei, und weil die gegenteilige Auffassung dahin führen würde, daß der Stadtrat durch Verzögerung der gedachten Feststellung zum Nachteil der Hypothekengläubiger die zweijährige Frist auf unbestimmbare Zeit verlängern könnte."

Der gegen diese Entscheidung erhobene Angriff: der Appellationsrichter verletze die Bestimmungen des §. 51 Ziff. 4 und des §. 52 des citierten Gesetzes vom 29. Mai 1873, sowie die Grundsätze über die Voraussetzungen der Fälligkeit und Beitreiblichkeit von Forderungen, namentlich von solchen, welche der ausschließlichen verwaltungsamtlichen Beitreibung unterliegen, und wende dieselben unrichtig an, erscheint nicht begründet.

Die Implorantin macht allerdings mit Recht geltend, daß die von dem Appellationsrichter angeführten Gründe, insbesondere die Schlußerwägung nicht unbedenklich seien. Wenn nach §. 6 des Statuts „die Feststellung der für die Repartition zu Grunde zu legenden Kosten der neuen Straßenanlage auch hinsichtlich der von Privatunternehmern gebauten Straßen durch den Stadtrat auf Grund der durch die städtische

Baubehörde zu bewirkenden Ermittelungen und vorbehaltlich der Beschwerdeführung an die Aufsichtsbehörde" erfolgen soll, so handelt hier der Stadtrat nicht als Vertreter der forderungsberechtigten Stadt K. in derselben Weise wie jeder andere Gläubiger, wenn die Feststellung einer der Berechnung und ziffermäßigen Festsetzung bedürfenden Forderung in Frage steht, sondern in seiner Eigenschaft als Verwaltungsbehörde.

Die im übrigen von der Implorantin zur Begründung der Nichtigkeitsbeschwerde gemachten Ausführungen über die Bedeutung der Vorschriften in §§. 51. 52 a. a. O. und deren Anwendung auf Forderungen, deren Feststellung und Beitreibung mit Ausschluß jeder prozessualischen Erörterung im Administrationswege durch die Verwaltungsbehörden erfolgt, insbesondere der Satz, daß, soweit die in §. 51 a. a. O. aufgeführten öffentlichen Lasten ihrem Betrage nach einer vorherigen Feststellung im Verwaltungswege bedürfen, von einem Rückstande derselben erst von der verwaltungsamtlichen Feststellung und, soweit dabei die obere verwaltungsamtliche Instanz mitwirke, erst von der endlichen Feststellung durch die letztere die Rede sein könne, können für zutreffend nicht anerkannt werden.

Mit dem Wortlaute des §. 51 a. a. O. steht zwar, wie Implorat vermeint, diese Ansicht der Implorantin nicht in Widerspruch. Denn die Worte: „Die Rückstände ... aus den zwei letzten Jahren" müssen nicht notwendig dahin verstanden werden, daß es sich um Verpflichtungen der im Gesetz bezeichneten Art handelt, welche aus den letzten zwei Jahren herrühren, in ihnen entstanden sind, sondern können auch auf Verpflichtungen bezogen werden, welche in den zwei letzten Jahren zahlbar und beitreiblich waren, da auch die letzteren als „Rückstände" bezeichnet werden können. Andererseits steht aber auch die Wortfassung des §. 51 der Ansicht des Appellationsrichters nicht entgegen. Die Erwägungen über Zweck und Bedeutung der in Rede stehenden Vorschrift führen aber zu der Annahme, daß nur denjenigen Ansprüchen der bezeichneten Art ein Vorzugsrecht vor den eingetragenen dinglich Berechtigten und Pfandgläubigern ohne Eintrag im Grundbuche hat gewährt werden sollen, welche aus den letzten zwei Jahren vor Eröffnung des Zwangsversteigerungsverfahrens herrühren, welche für die letzten zwei Jahre zu zahlen sind.

Hätten die Vorschriften in §. 51 a. a. O. die Bedeutung, daß der

Schuldner in Zahlungsverzug sich befunden haben müsse, so würden die Ausführungen der Implorantin vieles für sich haben. Denn dann würde es nicht genügen, daß die Verpflichtung zur Zahlung der fraglichen Abgabe an sich entstanden gewesen, sondern es würde erforderlich sein, daß die Schuld auch ihrem Betrage nach definitiv festgestellt gewesen wäre, weil vor dieser Feststellung der Schuldner nicht in der Lage war zu erfüllen, durch Nichtleistung nicht in Zahlungsverzug geraten konnte.

Allein diese Voraussetzung trifft nicht zu. Nicht die Nachlässigkeit des Schuldners in Erfüllung oder diejenige des Gläubigers in Einziehung und Beitreibung der ihm zustehenden Forderung bildet den Grund der Beschränkung des Vorzugsrechts auf einen gewissen Zeitraum, sondern das Interesse auf den Realkredit hat den Gesetzgeber veranlaßt, die Vorrechte auf einen bestimmten, kurz bemessenen Zeitraum zu beschränken, und es ist lediglich der Ablauf dieses gesetzlich bestimmten Zeitraumes maßgebend. Von der Erkenntnis ausgehend, daß die im älteren Rechte bestehenden, zahlreichen, der Zeit nach unbeschränkten Vorzugsrechte einzelner Forderungen große Gefahren und Nachteile für den Kredit und den Geldverkehr herbeiführen, und daß jede Bevorzugung des einen Gläubigers eine Rechtskränkung des anderen enthalte, hat die neuere Gesetzgebung die Zahl der Vorzugsrechte erheblich vermindert und diejenigen, welche sie teils mit Rücksicht auf das öffentliche Wohl, teils mit Rücksicht auf die besondere Schutzbedürftigkeit gewisser Gläubiger aufrecht erhielt, zeitlich beschränkt, um dadurch den Gläubigern die Möglichkeit zu schaffen, bei den gewöhnlichen Ermittelungen über die Verhältnisse des Schuldners annähernd sicher zu ermessen, welche Verpflichtungen dem letzteren obliegen können, die ihren durch Hypothek zu sichernden Forderungen vorgehen und aus dem Grundbuche nicht zu ersehen sind. Diesen Weg hat namentlich auch die preußische Gesetzgebung in der Konkursordnung vom 8. Mai 1855, an deren Bestimmungen die Vorschriften in dem Gesetze vom 29. Mai 1873 sich anschließen, eingeschlagen. Den im Gesetze bezeichneten Abgaben und Lasten steht nicht *generell* ein Vorrecht vor den eingetragenen dinglich Berechtigten und Pfandgläubigern ohne Eintrag im Grundbuche zu, sondern es haben das Vorrecht überhaupt nur die Rückstände aus den gesetzlich bestimmten Zeiträumen. Das in den Gesetzen über das Grundbuchwesen zur Anwendung gelangte Princip der Publizität und Spe-

cialität erfordert es, die in §. 51 a. a. O. enthaltenen Bestimmungen in dem hier angenommenen Sinne zu interpretieren. Wollte man die von der Implorantin vertretene Auffassung billigen, so würde der Zweck des Gesetzes nicht erreicht werden, vielmehr selbst der vorsichtige Gläubiger erheblich geschädigt werden können. Dieselbe würde zu der Konsequenz führen, daß auch in solchen Fällen, wo über die Verpflichtung oder den Betrag einer gesetzlich bevorzugten Forderung zwischen dem Berechtigten und dem Pflichtigen Streit besteht, der Lauf der gesetzten Frist erst mit der definitiven Entscheidung des Streites beginnen würde. Denn wie in dem Falle, wo die Entscheidung über die Verpflichtung und den Betrag der Abgabe von den Verwaltungsbehörden zu erlassen ist, würde auch in jenem Falle der Gläubiger vor Beendigung des Rechtsstreites nicht in der Lage sein, die Forderung beizutreiben.

Da nun festgestellt ist, daß die Verpflichtung der Ehefrau Sch. zur Zahlung der von der Implorantin angemeldeten Anliegerbeiträge nach den Bestimmungen des Statuts schon im Jahre 1874 bezw. 1875 begründet war, das Zwangsversteigerungsverfahren aber erst im Jahre 1879 begonnen hat, so hat der Appellationsrichter mit Recht das für dieselben auf Grund der §§. 51. 52 a. a. O. in Anspruch genommene Vorzugsrecht als nicht begründet erkannt.

Die Ausführungen der Implorantin unter 2 der Rechtfertigungsschrift, daß eventuell nach Maßgabe der in Kraft gebliebenen Bestimmungen des älteren hessischen Rechts, die zwei Jahre, in denen die städtischen Abgaben, ohne ihr Vorzugsrecht zu verlieren, haben rückständig bleiben können, dergestalt haben berechnet werden müssen, daß dabei die Zeit nicht in Betracht komme, in welcher deren Beitreibung ohne Verschulden des Gläubigers ausgeschlossen gewesen sei, sind nicht zutreffend. Denn die Annahme, daß die in §. 1 der Verordnung vom 28. Juli 1789 enthaltene Bestimmung, wonach älteren als zweijährigen Rückständen von Gemeindeabgaben ein Vorzugsrecht vor Specialhypotheken gewährt wird, wenn der Gläubiger den Nachweis erbringt, daß er es am gehörigen Fleiße, solche beizutreiben, nicht habe ermangeln lassen, noch gegenwärtig neben der Vorschrift in §. 51 des Gesetzes vom 29. Mai 1873 in Geltung sei, kann nicht gebilligt werden. Wenn auch der Gesetzgeber bei Regelung des Grundbuchwesens im Bezirke des Appellationsgerichts zu Kassel, wie Implorantin geltend macht, an den in diesem Bezirke bestehenden Rechtszustand angeknüpft hat, und

es nicht die Absicht gewesen ist, eine „totale Beseitigung und Umgestaltung des bisherigen Rechts bezüglich der Prioritätsrechte und ihrer Geltendmachung" vorzunehmen, so können doch, soweit das Gesetz vom 29. Mai 1873 Bestimmungen über die Rangverhältnisse konkurrierender Forderungen enthält, nur diese zur Anwendung kommen, und es können neben der Vorschrift des §. 51, wonach nur den Rückständen aus den zwei letzten Jahren ein Vorzugsrecht vor den eingetragenen Hypothekengläubigern beigelegt ist, um so weniger die auch älteren Rückständen ein solches Recht gewährenden Bestimmungen als fortbestehend angesehen werden, weil das Gesetz den, auch in den Motiven zu dem Entwurfe ausgesprochenen, Zweck hat, im Anschluß an den Rechtszustand in dem Geltungsbereiche des Allgemeinen preußischen Landrechts die s. g. absolut privilegierten Ansprüche, welche im Konkurse den Hypothekarien vorgehen, zu beschränken."

---

**82. 1. Ist für die Entschädigungsklage im Falle der Enteignung von Grundeigentum das Gericht, in dessen Bezirk das betreffende Grundstück belegen ist, ausschließlich zuständig, so daß der in Anspruch Genommene nicht in seinem persönlichen Gerichtsstande belangt werden kann?**

**2. Ist die sechsmonatliche Frist zur Beschreitung des Rechtsweges gegen die Entscheidung der Bezirksregierung über die Höhe der Entschädigung bei der Enteignung von Grundeigentum eine Verjährungs- oder eine Rechtsmittelfrist?**

II. Hilfssenat. Urt. v. 4. November 1880 i. S. Niederschlesisch-Märkische Eisenbahn (Bekl.) w. W. (Kl.) Rep. V a. 321/80.

I. Kreisgericht Glatz.
II. Oberlandesgericht Breslau.

Dem Kläger sind Teile seines Grundstückes für Eisenbahnzwecke enteignet und dafür durch Beschluß des Bezirksrates zu Breslau vom 25. Juni 1878 im ganzen 11 236 Mark 56 Pf. Entschädigung zugesprochen. Er verlangt 78 594 Mark 16 Pf. und hat die Klage wegen seiner Mehrforderung im Dezember 1878 beim Stadtgericht zu Berlin, in dessen Bezirke die Direktion der Beklagten ihren Sitz hat,

eingereicht, sich aber unterm 30. Januar 1879 mit dem Antrage der letzteren, die Sache an das Kreisgericht zu Glatz abzugeben, in dessen Bezirke die abgetretenen Grundstücke belegen sind, einverstanden erklärt. Letzteres hat die Klage abgewiesen, indem es den Einwand der Beklagten für durchgreifend erachtet hat, daß die Klage erst nach Verlauf der im §. 30 des Ges. vom 11. Juni 1874 bestimmten sechsmonatlichen Präklusivfrist dem allein kompetenten Kreisgericht zu Glatz zugegangen sei und deren frühere Einreichung beim Stadtgericht zu Berlin wegen dessen Inkompetenz keine Berücksichtigung verdiene, auch die §§. 551 flg. A.L.R. I. 9 dem Kläger nicht zur Seite ständen, da es sich um eine Rechtsmittelfrist, nicht aber um eine Verjährungsfrist handle. In zweiter Instanz ist das erste Erkenntnis abgeändert und unter Verwerfung der präjudiziellen Einrede der versäumten Beschreitung des Rechtsweges die Sache zur anderweiten Entscheidung in die erste Instanz zurückverwiesen. Infolge der von der Beklagten eingelegten Revision ist das zweite Erkenntnis abgeändert und das erste bestätigt worden aus folgenden

Gründen:

„Es kann dahingestellt bleiben, ob nach der vor dem Gesetze vom 11. Juni 1874 bestehenden Gesetzgebung, insbesondere nach den Bestimmungen der Kabinetsordre vom 1. März 1847 (G.-S. S. 112) und der Verordnung vom 2. Januar 1849 §. 9 (G.-S. S. 3) der Kläger wegen der Entschädigung für das durch Zwangsenteignung veräußerte Grundstück den Beklagten sowohl in dessen persönlichem Gerichtsstande, als auch in dem Gerichtsstande der belegenen Sache hätte belangen können. Jedenfalls kann der Ansicht des Appellationsrichters, daß die Bestimmung im Abs. 3 des §. 30 des Gesetzes vom 11. Juni 1874 (G.-S. S. 221) über die Enteignung von Grundeigentum, welche dahin lautet:

„Zuständig ist das Gericht, in dessen Bezirk das betreffende Grundstück belegen ist",

nicht eine ausschließliche Zuständigkeit habe begründen sollen, und daß der Rechtsweg gegen die Entscheidung der Bezirksregierung über die Höhe der Entschädigung im Falle der Enteignung von Grundeigentum auch durch Anstellung der Klage beim Gericht des Wohnorts des in Anspruch Genommenen mit Erfolg beschritten werden könne, nicht beigetreten werden. Schon die Fassung des Gesetzes spricht gegen diese Ansicht, indem ohne irgend eine Andeutung über die fernere Zulässig-

keit der Anbringung der Klage im persönlichen Gerichtsstande die Worte: „Zuständig ist" an die Spitze gestellt sind. Die Entstehungsgeschichte des Gesetzes beseitigt aber jeden Zweifel darüber, daß hier eine ausschließliche Zuständigkeit des Gerichts der belegenen Sache hat bestimmt werden sollen. Die erste Vorlage des Entwurfes vom 2. November 1868 (Nr. 10 der Drucksachen des Herrenhauses) enthält im §. 25 dieselbe Bestimmung in genau derselben Fassung, welche dann wörtlich in den Entwurf des Jahres 1871 §. 28 (Nr. 6 der Drucksachen des Abgeordnetenhauses) und §. 31 der Vorlage des Jahres 1873 (Nr. 18 der Drucksachen des Abgeordnetenhauses) übergegangen ist. Die Motive zu §. 25 des Entwurfes vom Jahre 1868 sagen (S. 76) wörtlich: „Als zuständiges Forum für die Entschädigungsklage ist für die Landesteile, in welchen die Allgemeine Gerichtsordnung gilt, durch §. 9 der Verordnung vom 2. Januar 1849 und Art. II Nr. 3 des Gesetzes vom 26. April 1851 (G.-S. S. 181) und für die durch das Gesetz vom 20. September 1866 und die beiden Gesetze vom 24. Dezember 1866 einverleibten Landesteile mit Ausschluß von Hannover, der freien Stadt Frankfurt und des vormaligen Oberamtes Meisenheim und der Enclave Kaulsdorf im §. 94 des Gesetzes vom 24. Juni 1867 (G.-S. S. 885) das forum rei sitae und das persönliche forum des Unternehmers bestimmt. Da die Ausmittelung der Entschädigung die Abschätzung des Objektes erfordert, so erscheint es angemessener, die Entschädigungsklage lediglich vor das forum rei sitae zu verweisen. Dies ist im §. 25 geschehen." Und in den Motiven des Entwurfes von 1871 zu §. 28 desselben heißt es S. 65: „Als forum für die Entschädigungsklage ist ausschließlich das Gericht der belegenen Sache bestimmt, weil die Ausmittelung der Entschädigung eine Abschätzung des Grundeigentums erfordert und diese immer nur am Orte der gelegenen Sache erfolgen kann." Auch enthalten die Protokolle der beiden Häuser des preußischen Landtags keinerlei Bemerkung, welche den Schluß auf eine andere als die hier festgehaltene Bedeutung der fraglichen Gesetzesstelle gestattete. Es ist überdies eine irrtümliche Ansicht des Klägers, wenn er mit Rücksicht auf §. 59 der Einleitung zum A.L.R. geltend macht, der persönliche Gerichtsstand für Klagen der vorliegenden Art sei durch das Gesetz vom 11. Juni 1874 nicht ausdrücklich aufgehoben; denn der §. 57 des letzteren hebt ausdrücklich alle, den Vorschriften dieses Gesetzes entgegenstehenden Bestimmungen

auf, und der Umstand, daß unter den in den Motiven der älteren Vorlage als aufgehoben angeführten Gesetzen sich die hier in Betracht kommenden Bestimmungen der früheren Gesetzgebung nicht befinden, kann deshalb nicht befremden, weil bei der Besprechung des §. 57 in der Kommission des Abgeordnetenhauses sowohl die Mitglieder dieser Kommission als die Regierungskommissare sich übereinstimmend dahin äußerten, daß von einer Aufzählung der einzelnen aufgehobenen Bestimmungen abzusehen sei wegen der Schwierigkeit, dieselben im Einzelnen zu bestimmen. (Vergl. Dr. Bähr und W. Langerhans, Das Gesetz über die Enteignung von Grundeigentum vom 11. Juni 1874 mit Erläuterungen S. 125.)

Ebensowenig kann die Ansicht des Klägers für zutreffend erachtet werden, daß im vorliegenden Falle die Anstellung der Klage im persönlichen Gerichtsstande der Beklagten deshalb gerechtfertigt erscheine, weil es sich nicht bloß um die Erstattung einer höheren Summe für den enteigneten Grund und Boden, sondern auch um die Vergütung des Minderwertes, welchen das Restgrundstück durch die Enteignung erlitten, handle; denn dieser Minderwert bildet nach §. 8 Abs. 2 des Gesetzes vom 11. Juni 1874 einen Teil der zu gewährenden Entschädigung, auf welchen also auch das Entschädigungsverfahren und insbesondere der §. 30 des Gesetzes Anwendung finden.

Ist hiernach aber das Gericht der belegenen Sache der ausschließliche Gerichtsstand, so kann die Präsentation und Einleitung der Klage bei dem vormaligen Stadtgericht zu Berlin als dem Gericht, in dessen Bezirk der Vorstand der Beklagten seinen Sitz hat, nicht für geeignet erachtet werden, die Präklusivfrist des §. 30 des Gesetzes vom 11. Juni 1874 zu wahren, vielmehr muß die erst nach Verlauf dieser Frist an das allein zuständige Gericht der belegenen Sache erfolgte Abgabe der Klage für verspätet angesehen werden.

Dem Kläger stehen auch die lediglich auf die Unterbrechung der Verjährung bezüglichen Bestimmungen der §§. 532 flg. A.L.R. I. 9 nicht zur Seite, denn die sechsmonatliche Frist des §. 30 des Gesetzes vom 11. Juni 1874 ist keine Verjährungs-, vielmehr eine Prozeßfrist. Schon in den Gründen des Plenarbeschlusses des vormaligen preußischen Obertribunals vom 6. Dezember 1858 (Entsch. Bd. 40 S. 1) ist überzeugend ausgeführt, daß die zur Ausübung oder Erhaltung gewisser Befugnisse gestatteten Fristen nicht an die Regeln von der Verjährung

gebunden sein können (vergl. auch die Entsch. des vormaligen Obertribunals Bd. 6 S. 393, Bd. 9 S. 45, Bd. 14 S. 227, Bd. 26 S. 266). Wenn auch die allgemeine Definition des §. 500 A.L.R. I. 9 nicht bloß auf die Verjährung, sondern auch auf Fristen zur Ausübung irgend einer Befugnis paßt: so sind beides doch ganz verschiedene Rechtsbegriffe. Bei der Verjährung stehen sich ein materielles Recht und eine materielle Verpflichtung gegenüber, es werden schon vorher begründete Rechte und Verpflichtungen vorausgesetzt, welche eben durch den Zeitablauf als aufgehoben fingiert werden (§. 502 A.L.R. I. 9). An einer solchen Voraussetzung fehlt es bei der hier vorliegenden Präklusivfrist, innerhalb welcher die beiden Teilen zustehende prozessualische Befugnis zur Beschreitung des Rechtsweges ohne eine entsprechende Pflicht des Gegners besteht und mit deren Ablauf sie endigt. Auch das frühere Königlich preußische Obertribunal hat in dem Erkenntnis vom 16. Mai 1879 (Entsch. Bd. 83 S. 278 flg.) ausdrücklich anerkannt, daß die Präklusivfrist im §. 30 des Gesetzes vom 11. Juni 1874 nicht eine Verjährungsfrist, sondern eine Rechtsmittelfrist sei."

---

## 83. Sind die nach §. 38 der preußischen Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 für unzulässig erklärten Schenkungen seitens des Vormundes für den Mündel, wenn sie erfolgt sind, dergestalt ungültig, daß der Vormund, bezw. der Mündel, das Geschenkte zurückfordern, bezw. mit demselben aufrechnen kann?

II. Hilfssenat. Urt. v. 29. November 1880 i. S. Kr. (Kl.) w. Kl. (Bekl.) Rep. V a. 161/80.

I. Kreisgericht Groß-Strehlitz.
II. Oberlandesgericht Breslau.

In der notariellen Schuld- und Pfandverschreibung vom 5. Mai 1875 übernahm der Vormund der beklagten Minorennen mit vormundschaftsrichterlicher Genehmigung eine dem Kläger gegen die Mutter der Mündel zustehende Forderung von 2500 Mark mit der Verpflichtung, dieselbe in fünf Jahresraten zu je 500 Mark vom 1. Oktober 1875 ab zu bezahlen. Zugleich bestellte er mit dem Grundstücke der Beklagten Borowian Nr. 20 für die Schuld Hypothek und beantragte deren Eintragung.

Nachdem zwei Raten abgetragen waren, verpflichtete sich der Vormund namens der Beklagten, den Rest der Forderung mit 6 Prozent jährlich zu verzinsen. Auf Grund der darüber aufgenommenen Urkunde vom 26. Oktober 1876 und der vorgedachten Urkunde erfolgte, ohne daß zu dem Zinsversprechen die vormundschaftsrichterliche Genehmigung eingeholt war, die Eintragung des Restkapitales nebst 6 Prozent Zinsen im Grundbuche. Auf die am 1. Oktober 1878 fällige Kapitalsrate hat der Vormund nur 260 Mark bezahlt. Auf Antrag des Klägers ist gegen die Beklagten ein Mandat auf Zahlung von 240 Mark nebst 30 Mark rückständigen Zinsen erlassen. Der Vormund erhob den Einwand, daß er in der Zwischenzeit 240 Mark Zinsen bezahlt habe, obwohl er hierzu trotz des Zinsversprechens nicht verpflichtet gewesen sei; er wollte daher diese Zinsen gegen den Rest der Kapitalrate aufrechnen. Sein Antrag ging auf Aufhebung des Mandates. Kläger gab die Zahlung der 240 Mark Zinsen zu, erachtete aber die Aufrechnungseinrede nicht für gegründet, da es an den Voraussetzungen der condictio indebiti fehle. In erster Instanz ist das Mandat für vollstreckbar erklärt. In zweiter Instanz ist dasselbe aufgehoben. Die hiergegen eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde ist zurückgewiesen, aus folgenden, hier allein interessierenden

Gründen:

„Der Appellationsrichter erachtet die Übernahme der Zinsverbindlichkeit als einen Liberalitätsakt seitens des Vormundes für unzulässig und für wirkungslos. Wenn er sich hierbei auf §. 36 der Vormundschafts-Ordnung beruft, so ist dies ein offenbarer Schreibfehler, welcher als solcher die Vernichtung seiner Entscheidung nicht zur Folge haben kann, zumal wenn sein Ausspruch an sich rechtlich begründet ist. Die Nichtigkeitsbeschwerde unterstellt nebenbei auch, daß der Appellationsrichter den §. 38 a. a. O. gemeint habe. Dieser aber soll verletzt sein, weil er als Ausnahmebestimmung auf den allgemeinen Begriff der Freigiebigkeit nicht erstreckt werden dürfe, und ferner, weil Schenkungen des Vormundes nicht absolut ungültig seien, vielmehr nur den Vormund dem Mündel gegenüber verantwortlich machten. In ersterer Beziehung versteht der Appellationsrichter unter „Liberalität", wie klar ist, Schenkung. Auf sie findet §. 38 a. a. O. Anwendung. Wenn dieser Paragraph nun bestimmt:

Der Vormund kann Schenkungen für den Mündel nicht vornehmen,

so heißt das, daß er rechtlich unfähig ist, für den Mündel zu schenken. Daraus folgt, daß eine vorgenommene Schenkung für nicht geschehen zu erachten ist. Es handelt sich dabei nicht um die Formen der Handlung, sondern um die Berechtigung zu derselben. Überschreitet der Vormund seine gesetzlichen Befugnisse, so wird der Mündel nicht verpflichtet. Der für Vollmachtsaufträge in §. 90 A.L.R. I. 13 ausgesprochene Grundsatz muß auch für die Vormundschaft gelten. Denn die Vormundschaftsordnung enthält die allgemeine gesetzliche Vollmacht des Vormundes. Die Haftpflicht des Vormundes kann begründet werden, wenn der Mündel durch eine unzulässige Schenkung beschädigt ist. An keiner Stelle ist aber bestimmt, daß der Mündel, bezw. sein Vormund, ein Schenkungsversprechen des Vormundes halten müsse, oder daß er das schenkungsweise Gegebene nicht zurückfordern dürfe. Am allerwenigsten ergiebt sich dieses aus §. 38. Die Rüge seiner Verletzung ist also nach beiden Richtungen hin verfehlt, und ist der vom Appellationsrichter aufgestellte Satz richtig."

---

**84. Kann der Ersteher eines subhastierten Grundstückes auf Grund des Zuschlagsurteiles auch solche bewegliche Sachen in Anspruch nehmen, welche zwar zur Zeit der Einleitung der Subhastation Pertinenzen des Grundstückes waren, aber von dem Eigentümer des letzteren vor der Versteigerung zum Zwecke dauernder Trennung, wenn schon unbefugter Weise, von demselben entfernt sind?**

A.L.R. I. 2. §§. 42. 44. 47. 80. 105. 106; I. 7. §. 54; I. 11. §§. 78—81. 83. 194. 196. 213. 340. 342. 344.
A.G.O. I. 29. §. 83.
Subhastations-Ordnung vom 15. März 1869 §. 9.
Deutsches Strafgesetzbuch §. 137.
Gesetz über den Eigentumserwerb vom 5. Mai 1872 §. 30.

II. Hilfssenat. Urt. v. 23. Dezember 1880 i. S. H. und Gen. (Kl.) w. Sch. und Gen. (Bekl.) Rep. V a. 32/80.

I. Kreisgericht Essen.
II. Oberlandesgericht Hamm.

Das Reichsgericht hat die von den Klägern gegen das zweite Urteil eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde zurückgewiesen, aus folgenden, den Sachverhalt ergebenden

Gründen:

„Im November 1877 wurde gegen den Kommissionär B. die notwendige Subhastation des Grundstückes Altenessen Nr. 1722/34 mit dem darauf stehenden Gebäude (dem sogenannten Vetustempel), in welchem damals als Bekleidung von Wänden ꝛc Marmorstücke eingebaut waren, eingeleitet. Noch vor der am 27. Februar 1878 abgehaltenen Versteigerung erwirkten aber die Beklagten, welche das gedachte Grundstück von dem Subhastaten gekauft haben wollen, auf Grund eines gegen denselben erstrittenen Erkenntnisses dessen Umschreibung für sich und entfernten den größten Teil der Marmorstücke.

Die Kläger, welche das Grundstück in der Versteigerung erstanden und zugeschlagen erhielten, beanspruchen die von den Beklagten weggenommenen Marmorstücke als Pertinenzen desselben oder bezw. deren Wert, sind aber von dem Appellationsrichter mit Rücksicht auf §§. 78—81. 194. 196. 213. 340 A.L.R. I. 11 abgewiesen, weil die Pertinenzeigenschaft einer Sache aufhöre, wenn sie dauernd von der Hauptsache getrennt werde, die streitigen Marmorstücke daher durch Verkauf und Übergabe jene Eigenschaft vor der Versteigerung verloren hätten, also den Klägern nicht mit zugeschlagen seien.

Nach der Nichtigkeitsbeschwerde sollen hierdurch die gedachten Vorschriften, die §§. 105. 106 A.L.R. I. 2, §. 9 der Subhastations-Ordnung vom 15. März 1869, §. 137 des deutschen Strafgesetzbuches und der Rechtsgrundsatz verletzt sein, daß der Adjudikatar in die Rechte der verkaufenden Gläubiger eintrete und durch den Zuschlag das Recht erwerbe, von dem Subhastaten unmittelbar die Herausgabe oder Vergütung von Pertinenzstücken zu fordern, welche er in der Zeit zwischen der Einleitung der Subhastation und der Versteigerung, bezw. dem Zuschlage, von dem zur Subhastation stehenden Grundstücke entfernt habe.

Diese Angriffe können für begründet nicht erachtet werden.

Auf notwendige Subhastationen finden nach §§. 340 und 344 A.L.R. I. 11 die allgemeinen Grundsätze vom Kauf, und in Ansehung der Gewährleistung, also auch wegen des Mitverkaufes von Pertinenzen, die vom Kauf in Pausch und Bogen Anwendung.

Als mit subhastiert und adjudiziert sind daher nur solche Per-

tinenzstücke anzusehen, welche diese Eigenschaft noch zur Zeit des geschlossenen Kaufes haben. Vergl. §. 78 mit §. 194 a. a. O. Dies aber ist weder die Zeit der Einleitung der Subhastation, noch die des Ausgebotes im Subhastationspatent, sondern die Zeit der Versteigerung, weil erst durch die letztere der Subhastationskauf abgeschlossen wird. Vergl. Dernburg, preußisches Privatrecht Bd. 1 §. 350.

Da die streitigen Marmorstücke zur Zeit der Einleitung der Subhastation unzweifelhaft Pertinenzen des subhastierten Grundstückes waren (§§. 80 und 47 A.L.R. I. 2), aber von dem letzteren vor der Versteigerung entfernt sind, so fragt es sich hiernach, ob sie trotzdem ihre Pertinenzeigenschaft bis zur Versteigerung behalten haben. Wäre dieses anzunehmen, so würden die Kläger auch ohne besondere Tradition derselben, die nach §. 54 A.L.R. I. 7 nur zur Übertragung ihres Besitzes erforderlich gewesen wäre, durch den Zuschlag das Eigentum daran erworben haben (§. 342 A.L.R. I. 11), also zu der angestellten Vindikationsklage befugt sein.

Allein die bezeichnete Frage ist zu verneinen. Denn, wie die Pertinenzeigenschaft einer Sache nach §§. 42 und 44 A.L.R. I. 2 durch ihre dauernde Verbindung mit der Hauptsache begründet wird (vorausgesetzt, daß der Eigentümer oder der sonstige Verfügungsberechtigte diese herstellt), ebenso erfolgt auch ihre Aufhebung zwar nicht durch eine bloße Trennung zu vorübergehendem Zwecke (§. 106 a. a. O.), wohl aber durch ihre dauernde Trennung von der Hauptsache. Dadurch, daß die Beklagten die fraglichen Sachen von dem zur Subhastation gestellten Grundstücke zu dauerndem Zwecke entfernten, verloren dieselben daher ihre bisherige Pertinenzeigenschaft.

Zwar ließe sich mit einigem Scheine hiergegen einwenden, daß zur wirklichen Aufhebung der Pertinenzeigenschaft auch eine dauernde Trennung nur genüge, wenn sie rechtmäßig, das heißt von dem Verfügungsberechtigten, nicht aber, wenn sie rechtswidrig (z. B. vom Diebe) vorgenommen werde, daß aber durch die Einleitung der Subhastation, da diese nach §. 9 der Subhastationsordnung zu Gunsten der Gläubiger eine Beschlagnahme des Grundstücks bewirkt, die Verfügungsbefugnis auch bezüglich der Pertinenzstücke desselben dem Eigentümer entzogen und auf die Gläubiger übertragen sei.

Auch wäre es denkbar, daß man sich für die Unwirksamkeit rechtswidriger Trennung von Pertinenzen darauf beriefe, daß nach §. 54

A.L.R. I. 7 Pertinenzstücke unbeschadet dieser Eigenschaft sich im wirklichen Besitze, scheinbar also auch im unrechtmäßigen Besitze eines Dritten, befinden können, zumal auch der letztere als ein bloß vorübergehender Zustand insofern angesehen werden kann, als der Berechtigte (im vorliegenden Falle die Gläubigerschaft) befugt ist, rechtswidrig getrennte Pertinenzen jederzeit von dem Besitzer zurückzufordern und mit der Hauptsache auch thatsächlich wieder zu verbinden.

Ferner könnte geltend gemacht werden, daß in dieser Beziehung für den Kauf in Pausch und Bogen nichts Abweichendes gelte, da bei demselben nur außer dem „gesetzlichen Zubehör" noch andere Sachen als Pertinenzen anzusehen seien (vgl. §. 88 A.L.R. I. 11), die allgemeinen Grundsätze über Begründung und Aufhebung der Pertinenzeigenschaft jedoch hier ebenfalls Anwendung finden.

(Vgl. die Bemerkungen von Suarez über §. 87 A.L.R. I. 11 in Bornemann's System Bd. 3 §. 206 (S. 22 der ersten Ausgabe) und Koch's Kommentar Anmerk. zu §§. 87 flg.)

Diese Einwendungen erscheinen jedoch nicht als stichhaltig.

Es kann ganz dahingestellt bleiben, ob eine Trennung von Pertinenzstücken, welche lediglich rechtswidrig erfolgt, unter Umständen ohne Einfluß auf die Pertinenzeigenschaft derselben bleibt, und ob dafür aus §. 54 A.L.R. I. 7 (der auf rechtswidrigen Besitz nicht notwendig zu beziehen ist) ein Argument entnommen werden darf. Denn jedenfalls ist die Verfügung des Eigentümers über Pertinenzstücke auch nach der Einleitung der Subhastation nicht als unbedingt nichtig und rechtswidrig zu bezeichnen, wennschon sie nach §. 137 des deutschen Strafgesetzbuchs möglicher Weise strafbar sein kann. Vielmehr folgt civilrechtlich daraus, daß die Einleitung der Subhastation nur eine Beschlagnahme zu Gunsten der Gläubiger bewirkt, lediglich deren relative Nichtigkeit, das heißt die Befugnis der Gläubiger, sie anzufechten (vgl. §. 83 A.G.O. I. 29). Sie besteht daher zu Recht, so lange eine solche Anfechtung nicht wirklich erfolgt ist. In dem vorliegenden Falle handelt es sich um eine schlechthin rechtswidrige Trennung der fraglichen Pertinenzstücke überhaupt nicht.

Außerdem gilt aber bei dem Verkauf einer Sache in Pausch und Bogen diese als verkauft, „wie sie steht und liegt" (§. 83 A.L.R. I. 11); wenngleich daher bei demselben der allgemeine Grundsatz des §. 106 A.L.R. I. 2, wonach die bloße zeitweilige Trennung wegen einer vor-

übergehenden Ursache der Fortdauer der Pertinenzeigenschaft nicht entgegensteht, ebenfalls zur Anwendung kommt, so können doch Sachen, welche durch den Eigentümer von der Hauptsache völlig und dauernd getrennt sind, jedenfalls nicht im Sinne des Kaufs in Pausch und Bogen trotzdem fortwährend als Pertinenzstücke angesehen werden.

Dadurch, daß der Eigentümer von dem zur Subhastation gestellten Grundstücke bisherige Pertinenzstücke dauernd entfernt, hört daher für den Adjudikatar die Möglichkeit auf, dieselben als solche zu erwerben und in Anspruch zu nehmen.

Auch aus dem besonderen Rechte der Hypothekengläubiger kann ein Einwand hiergegen nicht hergeleitet werden.

Das Hypothekenrecht ergreift nach §. 30 des Eigentumsgesetzes vom 5. Mai 1872 das bewegliche, dem Eigentümer gehörige Zubehör so lange, bis dasselbe veräußert und von dem Grundstücke räumlich getrennt worden ist.

Wenn aber der Eigentümer eine solche Veräußerung und Trennung nach eingeleiteter Subhastation vornimmt, so kann dieses infolge der zu Gunsten der Gläubiger eingetretenen Beschlagnahme selbstverständlich auch den Hypothekengläubigern nicht nachteilig sein. Denselben bleibt daher auch nach einer solchen Trennung bisheriger Pertinenzstücke ihr Hypothekenrecht daran erhalten. Allein auch daraus folgt nicht, daß deren Pertinenzeigenschaft trotz ihrer Trennung als fortdauernd anzusehen sei, und selbst wenn solches angenommen werden könnte, so würde immerhin nur in Bezug auf die Hypothekengläubiger diese Fortdauer zu fingieren sein. Dagegen könnte der Adjudikatar, obgleich er als Käufer seine Rechte von den verkaufenden Gläubigern ableitet, hierauf nicht die Befugnis stützen, die bisherigen Pertinenzstücke auch für sich als solche zu beanspruchen.

Unbegründet ist ferner der Einwand, daß durch diese Annahme der Realkredit (welcher von der Subhastationsordnung allerdings vorzugsweise ins Auge gefaßt ist) beeinträchtigt werde, weil der Ersteher eines Grundstücks danach selbst dann Gefahr laufe, dasselbe ohne Pertinenzen (z. B. ohne landwirtschaftliches Inventar) zu erwerben, wenn dieselben noch unmittelbar vor der Versteigerung von dem Eigentümer entfernt sind, während er deren fortwährendes Vorhandensein annehmen mußte, die bezeichnete Gefahr aber die Gebote notwendig herabdrücke. Denn abgesehen davon, daß diese praktische Erwägung für die Rechtsfrage

nicht von entscheidender Bedeutung sein kann, erscheint sie nicht als zutreffend, weil auch nach der Subhastation den Gläubigern das Recht, verschleppte Pertinenzstücke zurückzufordern, mithin die Möglichkeit bleibt, sich daraus wegen des Ausfalls, welchen sie bei der Subhastation des Grundstücks und der vorhandenen Pertinenzen erlitten haben, zu befriedigen.

Eine von dem Vorstehenden abweichende Ansicht hat nun zwar das frühere preußische Obertribunal in dem Erkenntnisse vom 9. September 1870 (Striethorst, Archiv Bd. 79 S. 189) dahin aufgestellt, daß, wenn die durch Einleitung der Subhastation für die Gläubiger in Beschlag genommenen damaligen Pertinenzstücke hinterher durch den Subhastaten rechtswidrig entfernt seien, nicht bloß den Gläubigern selbst ein Anspruch auf deren Rückgabe zustehe, sondern dieses Rückforderungsrecht selbständig auch von dem Adjudikatar geltend gemacht werden könne, weil derselbe durch den Zuschlag in Ansehung des Gutes und aller Zubehörungen in die Rechte der veräußernden Gläubiger eintrete.

Indes dieser Ansicht kann nicht beigestimmt werden. Denn den Gegenstand des Zuschlages bildet nur das Grundstück selbst mit seinen fortbestehenden Pertinenzen, nicht aber ein Rückforderungsrecht der Gläubiger bezüglich verschleppter bisheriger Pertinenzstücke. Dieses Rückforderungsrecht könnte daher von dem Adjudikatar nur dann geltend gemacht werden, wenn es ihm von den Gläubigern besonders cediert würde.

Übrigens läßt sich nicht behaupten, daß das Obertribunal an dem bezeichneten Grundsatze festgehalten hat. Wenngleich nämlich dasselbe dem Adjudikatar das fragliche Rückforderungsrecht in einigen Fällen wesentlich deshalb abspricht, weil die Entfernung der betreffenden Pertinenzstücke aus besonderen Gründen für eine gerechtfertigte erachtet wurde, z. B. durch das Exekutionsrecht von Gläubigern (Striethorst, Archiv Bd. 82 S. 152) oder durch die dem Subhastaten verbliebene Verwaltungsbefugnis (daselbst Bd. 84 S. 11), so enthalten diese Entscheidungen doch nichts, was mit den obigen Ausführungen in Widerspruch stände.

Im Sinne der letzteren spricht sich auch Dernburg aus (preußisches Privatrecht Bd. 1 §. 350 zu Anmerk. 10 und 11).

Aus dem Vorstehenden ergiebt sich, daß der Appellationsrichter die Kläger mit Recht abgewiesen und hierdurch der gerügten Verletzungen und Verstöße sich nicht schuldig gemacht hat.

Namentlich kann der als verletzt bezeichnete Rechtsgrundsatz nicht als richtig anerkannt werden."

**85. Sind eingetragene Arrest-Gläubiger als solche im Subhastationsverfahren zur Liquidation und zum Bestreiten fremder Liquidate befugt?**
**oder ist diese Befugnis derselben durch ihre nachträgliche hypothekarische Eintragung, bezw. durch den von ihnen ausdrücklich beantragten, vom Subhastationsrichter mittels besonderer Verfügung zugelassenen Beitritt zur Subhastation bedingt?**

A.G.O. T. I Tit. 29. §§. 83. 87.
Subh.-Ordn. vom 15. März 1869 §§. 9. 13. 14. 19. 39. 70.
Ges. über den Eigentumserwerb vom 5. Mai 1872 §. 18.

II. Hilfssenat. Urt. v. 3. Januar 1881 i. S. C. (Bekl.) w. D. und Gen. (Kl.) Rep. V a. 338/80.

I. Kreisgericht Beuthen.
II. Oberlandesgericht Breslau.

Aus den Gründen:

„Auf dem Grundstücke Groß-Paniow Nr. 2, welches der Mühlenbesitzer Jakob M. im Dezember 1873 seinem Bruder Carl M. verkauft und aufgelassen hatte, wurde gegen den letzteren im Februar 1874 eine Darlehnshypothek des Beklagten C. von 1300 M. eingetragen.

Die Kläger fochten demnächst wegen persönlicher Judikatforderungen gegen Jakob M. den Verkauf des Grundstückes an und erwirkten auch die rechtskräftige Verurteilung des Carl M., sich dessen Subhastation zu ihrer Befriedigung gefallen zu lassen, unter Eintragung von Arresten zur Sicherung dieser Befriedigung.

Bei der auf den Antrag eines anderen Gläubigers eingeleiteten notwendigen Subhastation des Grundstückes haben die Kläger, welche, ohne derselben ausdrücklich beigetreten zu sein, von dem Subhastationsrichter zum Bietungs- und Kaufgelderbelegungstermin geladen wurden, in dem letzteren ihre persönlichen Forderungen auf Grund der eingetragenen Arreste liquidiert und gegen das Liquidat der Hypothek des Beklagten Widerspruch erhoben, den sie mit der gegenwärtigen Klage geltend machen.

Mit Recht wendet der Beklagte ein, daß sie hierzu nicht als legitimiert erscheinen, weil nach §. 70 der Subhastationsordnung vom 15. März 1869 zur Bestreitung der Liquidate außer dem Schuldner nur die Realgläubiger und diejenigen persönlichen Gläubiger befugt sind, auf deren Antrag die Subhastation betrieben ist.

Realgläubiger sind nur die, welche ein Realrecht, also eine Hypothek oder ein anderes dingliches Recht, an dem Grundstücke haben. (Vergl. §§. 13 und 14 der Subhastationsordnung.)

Der zur Sicherung einer persönlichen Forderung angelegte Arrest begründet aber weder ein Realrecht noch ein Vorzugsrecht (§. 87 A.G.O. I. 29), sondern hat nur die negative Wirkung, daß er den Eigentümer der arrestierten Sache hindert, zum Nachteil des Arrestanten weitere Verfügungen über dieselbe zu treffen (§. 81 das.).

Wer für sich die Vormerkung eines Arrestes auf ein Grundstück erwirkt hat, kann daher, wenn dennoch hinterher für andere Personen Hypotheken eingetragen werden, diese in Ansehung seiner als unwirksam anfechten (vergl. §. 83 das. und den Plenarbeschluß des früheren preußischen Obertribunals vom 30. Mai 1842, Entsch. Bd. 8 S. 57), auch wenn er wegen seiner durch den Arrest gesicherten Forderung später ein rechtskräftiges Urteil oder einen anderen Titel zur Hypothek erlangt, letztere mit der Wirkung eintragen lassen, daß sie vor solchen nach dem Arreste eingetragenen Hypotheken Dritter den Vorrang hat.

Aber er erwirbt durch die bloße Eintragung der Arrestvormerkung und den Hinzutritt eines Hypothekentitels nicht ipso jure ein dingliches Hypothekenrecht selbst, vielmehr ist die Entstehung dieses Rechts hier wie immer durch die wirkliche hypothekarische Eintragung bedingt (§. 18 des Eigentumsgesetzes vom 15. Mai 1872), wennschon letztere immerhin auch in der Form ausdrücklicher „Umschreibung" des eingetragenen Arrestes in eine Hypothek (vergl. Dernburg, preußisches Privatrecht Bd. 1 §. 322) erfolgen mag.

Der Arrest begründet daher für den Arrestanten nicht einmal ein bedingtes (durch den Hinzutritt eines Titels von selbst in Wirksamkeit tretendes) Hypothekenrecht, wie dies von der in Gemäßheit des §. 22 eingetragenen Vormerkung der Hypothek selbst (protestatio pro conservando jure) allerdings gilt. Vergl. die Erkenntnisse des dritten Senats des früheren preußischen Obertribunals in Striethorst's Archiv Bd. 43 S. 63, Bd. 66 S. 251, Bd. 90 S. 325, mit den abweichenden Erkenntnissen des vierten Senats das. Bd. 13 S. 380, Bd. 35 S. 211, Bd. 73 S. 175.

Die Kläger können mithin, da nur Arreste wegen ihrer persönlichen Forderungen eingetragen sind, eine hypothekarische Eintragung dagegen, insbesondere die ausdrückliche Umschreibung der Arreste in

Hypotheken, für sie bisher nicht erfolgt ist, als Realgläubiger im Sinne des §. 70 der Subhastationsordnung, obgleich sie rechtskräftige Urteile erstritten und daher Hypothekentitel erlangt haben, in keinem Falle angesehen werden.

Ebensowenig erscheinen sie nach dieser Vorschrift als persönliche Gläubiger, „auf deren Antrag die Subhastation betrieben worden ist".

Persönliche Gläubiger erlangen ein wirksames Recht auf Befriedigung aus bestimmten Sachen des Schuldners erst durch die von ihnen veranlaßte exekutivische Beschlagnahme derselben.

Nach §. 9 der Subhastationsordnung bewirkt nun aber die Einleitung der Subhastation eine Beschlagnahme des Grundstückes nur zu Gunsten derjenigen persönlichen Gläubiger, welche dieselbe beantragt haben oder ihr beigetreten sind, und nach §§. 7 und 8 daselbst kann dieser Beitritt nur in der Form erfolgen, daß derselbe beim Subhastationsrichter ausdrücklich beantragt und von dem letzteren durch besondere Verfügung, unter Benachrichtigung des Schuldners, zugelassen wird.

Zu den persönlichen Gläubigern, auf deren Antrag die Subhastation betrieben ist, können daher im Sinne des §. 70 a. a. O. ebenfalls nur die gerechnet werden, welche entweder den Antrag auf Einleitung der Subhastation selbst gestellt haben oder in der bezeichneten Form ihr ausdrücklich beigetreten und durch Verfügung des Subhastationsrichters zum Beitritt zugelassen sind, hiernach also die Beschlagnahme des Grundstückes für sich erwirkt haben. (Vergl. §. 14 der Subhastationsordnung.)

Bei den Klägern treffen diese Voraussetzungen nicht zu. Denn, daß sie auf Veranlassung des Subhastationsrichters an dem Subhastationsverfahren durch Anwesenheit in den betreffenden Terminen und Liquidation ihrer Forderungen teilgenommen haben, kann die erforderliche Beschlagnahme des Grundstückes für sie und die zu diesem Zwecke vorgeschriebene besondere Form des Beitrittes nicht ersetzen. Namentlich ist hierzu der dem Prozeßrichter geführte Nachweis, daß die Voraussetzungen eines solchen Beitrittes vorgelegen haben, und daß der Subhastationsrichter denselben daher hätte gestatten müssen, deshalb nicht ausreichend, weil über die Zulässigkeit des Beitrittes (mit anderen Worten über die Beschlagnahme des Grundstückes für die Beitretenden) nach dem Gesetze der Subhastationsrichter oder doch zunächst dieser unter Benachrichtigung des Schuldners zu entscheiden hat.

Daß eine solche Entscheidung desselben in der von ihm an die Kläger erlassenen Aufforderung zur Teilnahme am Subhastationsverfahren nicht gefunden werden kann, versteht sich von selbst. Vielmehr beruhte diese Aufforderung offenbar auf der irrigen Annahme, daß in dem vorliegenden Falle ein besonderer Beitritt der Kläger und eine Entscheidung über denselben nicht erforderlich sei.

Es bedurfte dessen jedoch, weil eben erst dadurch die Beschlagnahme des Grundstückes für die Kläger erfolgt wäre, unbedingt. Insbesondere erübrigte sich dieses Erfordernis nicht dadurch, daß die Kläger in den erhobenen Anfechtungsprozessen die Verurteilung des Carl M. erwirkt hatten, sich die Subhastation des Grundstückes behufs ihrer Befriedigung gefallen zu lassen; denn hierdurch wurden sie nur berechtigt, die Subhastation in den vorgeschriebenen Formen (durch Antrag auf Einleitung derselben oder Beitritt) zu betreiben, nicht aber von der Beobachtung jener Formen entbunden.

Den Klägern fehlte nach dem Vorstehenden nicht bloß die Legitimation zur Liquidation ihrer persönlichen Forderungen in dem eingeleiteten Subhastationsverfahrens, sondern gerade deshalb nach §. 70 der Subhastationsordnung auch die Befugnis, den Forderungen anderer Gläubiger zu widersprechen.

Ob sie diese Befugnis aus der Person des Subhastaten hätten herleiten können, wenn sie sich dessen eventuelles Recht auf den Rest der Kaufgeldermasse hätten überweisen lassen, bedarf nicht der Erörterung, da sie auf eine solche Überweisung sich nicht berufen.

Aus dem Obigen ergiebt sich vielmehr, daß das erste Erkenntnis, soweit es die Kläger mit ihrem Antrage gegen den Beklagten abweist und die bezügliche Streitmasse dem letzteren zuspricht, wiederherzustellen war."

---

**86. Dem Ehemanne, dessen Frau bei einem Eisenbahnunfalle getötet worden ist, steht, abgesehen von den Kosten der Krankheit und Beerdigung, auch nach dem §. 25 des preußischen Eisenbahngesetzes vom 3. November 1838 ein Anspruch auf Ersatz des ihm durch den Tod seiner Frau entstandenen Schadens gegen den Eisenbahnunternehmer nicht zu. Das Allg. Landrecht gewährt im Falle einer widerrechtlichen Tötung einer Ehefrau, abgesehen von den erwähnten Kosten mit Einschluß der Trauerkosten, dem Manne keinen Entschädigungsanspruch gegen den Schuldigen.**

V. Civilsenat. Urt. v. 5. Januar 1881 i. S. Berlin-Görlitzer-Eisenbahngesellschaft (Bekl.) w. Sch. (Kl.) Rep. V. 539/80.

I. Landgericht I Berlin.
II. Kammergericht daselbst.

Aus den Gründen:

„Die Ehefrau des Klägers ist am 3. Februar 1878 auf der von der Beklagten betriebenen Eisenbahn bei einem von einem Lokomotivführer verschuldeten Unfall getötet worden. Nachdem die Beklagte die Beerdigungskosten erstattet hat, verlangt der Kläger gegenwärtig Ersatz des Schadens, welchen er dadurch erleidet, daß er die Unterstützung seiner Frau in seinem Hauswesen und bei der Betreibung seines Gewerbes entbehren muß. Da dem Kläger ein gesetzlicher Anspruch auf Unterhalt gegen seine Ehefrau nicht zustand, so läßt sich der erhobene Anspruch auf das Reichsgesetz vom 7. Juni 1871 (§. 3 Nr. 1) nicht stützen. Der Berufungsrichter hat, abweichend von dem Richter erster Instanz, die Klage nach dem §. 25 des preußischen Eisenbahngesetzes vom 3. November 1838 als begründet angesehen.

Es fragt sich, ob der von der Beklagten gegen diese Entscheidung erhobene Angriff gerechtfertigt ist?

Zufolge des §. 9 des Reichsgesetzes vom 7. Juni 1871 sind durch dieses Gesetz die Bestimmungen der Landesgesetzgebung, nach welchen auch in anderen, als in den in dem Reichsgesetze vorgesehenen, Fällen der Unternehmer einer in diesem erwähnten Anlage für den bei dem Betriebe durch Tötung oder Körperverletzung eines Menschen entstandenen Schaden haftet, nicht aufgehoben. Wenn also der §. 25 des preußischen Eisenbahngesetzes unter den hier vorliegenden Umständen den Eisenbahnunternehmer für haftpflichtig erklärt, so besteht dieser Rechtszustand auch gegenwärtig neben den Vorschriften des Reichsgesetzes vom 7. Juni 1871.

Der §. 25 a. a. O. lautet:

„Die Gesellschaft ist zum Ersatz verpflichtet für allen Schaden, welcher bei der Beförderung auf der Bahn an den auf derselben beförderten Personen und Gütern oder auch an anderen Personen und Sachen entsteht ꝛc."

Der Paragraph bezeichnet also den zu ersetzenden Schaden nur im allgemeinen als den Schaden „an den Personen und Gütern".

Geht man nun, um zu ermitteln, ob hierunter der für den Ehemann in seinem Hauswesen und seinem Gewerbebetriebe durch den Tod seiner Frau entstehende Schaden mitbegriffen ist, auf die allgemeinen Rechtsvorschriften zurück und untersucht man, inwieweit nach diesen im Falle einer widerrechtlichen Tötung die Angehörigen des Getöteten einen Schadensersatzanspruch haben, so ergiebt sich folgendes:

Die lex Aquilia gewährt im Falle der Tötung eines freien Menschen anderen Personen überhaupt keinen Anspruch auf Entschädigung. Indessen ist im gemeinen Rechte durch den Gerichtsgebrauch den unversorgten Kindern, sowie der Witwe des Getöteten, wenn sie durch die Tötung ihres Versorgers beraubt worden sind, ein Recht auf standesmäßigen Unterhalt gegen den Schuldigen eingeräumt. Einzelne Entscheidungen sind weiter gegangen; so ist durch ein Erkenntnis des Oberappellationsgerichts in Wiesbaden (Archiv für die Praxis des im Herzogtum Nassau geltenden Rechts Bd. 1 S. 40 flg.) dem Vater eine Entschädigung für die ihm durch die widerrechtliche Tötung des in seiner Gewalt befindlichen Sohnes entzogenen Dienste desselben, und durch Erkenntnis des preußischen Obertribunals (Strieth. Arch. Bd. 16 S. 261 flg.) dem Ehemanne ein Ersatz für den durch Tötung seiner Frau entstandenen Schaden zugesprochen. Nach der vorherrschenden Ansicht hat aber der Gerichtsgebrauch den Kreis der entschädigungsberechtigten Angehörigen nicht weiter, als oben angegeben, ausgedehnt.

Vergl. Glück, Kommentar Bd. 10 S. 341. 342; Holzschuher, Handbuch (3. Aufl. von Kuntze) Bd. 3 S. 1110; Sintenis, Gemeines Civilrecht (3. Aufl.) Bd. 2 S. 774; Windscheid, Pandekten (3. Aufl.) Bd. 2 S. 657 Not. 19; Seuffert, Archiv Bd. 11 Nr. 44, Bd. 13 Nr. 144, Bd. 30 Nr. 146, Bd. 31 Nr. 36; Entsch. des Reichsgerichts in Civils. Bd. 1 Nr. 39 S. 90.

Nach dem preußischen Allgemeinen Landrecht haben im Falle der widerrechtlichen Tötung eines Menschen, abgesehen von der Erstattung der Kur-, Begräbnis- und Trauerkosten, die Witwe und die Kinder des Getöteten, sowie diejenigen Personen, welche nach den Vorschriften der Gesetze Unterhalt von dem Getöteten zu fordern berechtigt gewesen wären, einen Anspruch auf Unterhalt, beziehungsweise Erziehung und Ausstattung gegen den Schuldigen (I. 6. §§. 98 bis 109). Der Umfang dieses Anspruches ist nach dem Grade der dem Verpflichteten zur Last fallenden Verschuldung verschieden bestimmt. Im Falle einer aus-

geringem Versehen erfolgten Tötung hat die „Familie" nur einen Anspruch auf Ersatz der Kur-, Begräbnis- und Trauerkosten (§. 110 a. a. O.). Von diesen Kosten abgesehen, können nur die Witwe, die Kinder und die Unterhaltungsberechtigten einen Entschädigungsanspruch erheben. Andere Angehörige (wie Gruchot, Beiträge Bd. 4 S. 169, annimmt) haben einen solchen Anspruch nicht. Die §§. 98 bis 109 A.L.R. I. 6 deuten in keiner Weise an, daß außer den dort erwähnten Personen auch noch anderen ein Anspruch auf Entschädigung zugestanden werden soll. Es läßt sich aber annehmen, daß, wenn eine weitere Ausdehnung des Kreises der Entschädigungsberechtigten beabsichtigt wäre, solches ausdrücklich hervorgehoben sein würde; denn einmal wäre hierin eine Abweichung von der gemeinrechtlichen Praxis enthalten gewesen; außerdem hätte dann, da die der Witwe, den Kindern und den Alimentationsberechtigten zukommende Entschädigung näher geregelt wurde, die nicht minder zweifelhafte Frage, in welcher Weise auf Grund anderer rechtlicher oder thatsächlicher Beziehungen zu dem Getöteten der Schadensersatz zu bestimmen sei, nicht füglich unberührt bleiben können.

Der der Witwe, den Kindern und denjenigen Personen, zu deren Alimentation der Getötete gesetzlich verpflichtet gewesen wäre, zu leistende Schadensersatz ist auf den entzogenen Unterhalt beschränkt; wenn der Gesetzgeber auch anderen Angehörigen einen Anspruch auf Entschädigung für den durch die widerrechtliche Tötung verursachten Vermögensnachteil hätte einräumen wollen, so würde es nicht wohl erklärlich sein, daß er in diesen Fällen von einer ähnlichen Beschränkung des zu leistenden Ersatzes abgesehen, und hier unter Umständen eine höhere Entschädigung gewährt hätte, als der Witwe und den Kindern des Getöteten gegenüber.

Überdies wird es durch die Materialien bestätigt, daß das Allgemeine Landrecht bei der Frage, welche Angehörigen im Falle einer widerrechtlichen Tötung Schadensersatz zu verlangen berechtigt sind, nicht von dem gemeinen Rechte hat abweichen wollen.

In den amtlichen Vorträgen bei der Schlußrevision des Landrechts (Kamptz, Jahrb. Bd. 41 S. 7 und 8) heißt es zu §§. 98. 110 I. 6: „De jure Romano fand actio ex lege Aquilia statt, wenn ein freier Mensch verwundet, nicht aber, wenn er getötet worden. Dieser sonderbare Satz, der sich auf eine bloße Spitzfindigkeit des römischen Rechts gründet, ist durch die Praxis längst abgeschafft, und der Satz, daß, wer einen Menschen tötet, seine Frau und Familie entschädigen müsse,

steht ex moribus längst fest. Die hier vorkommenden Sätze sind also nicht Abweichungen von dem bisherigen gemeinen Rechte, sondern nur nähere Bestimmungen desselben."

Der Entwurf zum Landrecht bestimmte: „Wer einen Menschen widerrechtlich ums Leben bringt, muß allen Personen, denen der Entleibte Unterhalt zu geben verpflichtet war, diejenige Verpflegung und Erziehung gewähren, welche sie von dem Entleibten hätten fordern können." Ein Monitum zu dieser Bestimmung wollte, daß, da viele Eltern und Ehemänner von der Geschicklichkeit ihrer Kinder und Weiber lebten, auch derartige Verhältnisse berücksichtigt würden. Hierauf antwortete der Mitredactor von Grolmann, daß der Gesetzgeber auf dergleichen zufällige Verhältnisse, deren Dauer überdies ungewiß sei, keine Rücksicht nehmen könne. — Ebenfalls wurde von anderer Seite, namentlich von dem Oberappellationssenat des Kammergerichts erinnert, daß durch Zahlung von Alimenten der Familie des Beschädigten die ihr gebührende Entschädigung keineswegs gewährt würde. Auf dieses Monitum antwortete Suarez in der revisio monitorum: „Im Fall der Tötung eines Menschen kommt es nur darauf an, was seine zurückgelassene Familie, die von ihm Versorgung und Unterhalt erwarten konnte, zu fordern habe. — Dieses ist in den §§. 83. 84 des Entwurfes bestimmt. Hier meint nun der Oberappellationssenat, daß statt dieser Entschädigung den Erben des Getöteten aller wahrscheinlicher Gewinn, den der Entleibte durch Betreibung seiner Kunst oder seines Gewerbes hätte erlangen können, alle Nutzungen, die er schon auf Lebenszeiten gehabt habe — ja sogar die Anfälle dieser Art, die er zu erwarten habe, bis zu dem — Zeitpunkt seines natürlichen Todes von dem Beschädiger bonifiziert werden müßten."

Nachdem dann ausgeführt worden, daß dieses zu weit gehe, fügt Suarez hinzu: „Ich würde also statt dieses auf die größten Weitläufigkeiten und inextrikabeln Berechnungen führenden Vorschlages bei der ganz simpeln Theorie des Entwurfes stehen bleiben, nach welcher die zurückgelassene Familie des Entleibten nur standesmäßigen Unterhalt und standesmäßige Erziehung, die sie von ihm, wenn er gelebt hätte, fordern und erwarten konnte, von dem Totschläger verlangen kann." (Bornemann, Preuß. Civilr. 2. Ausg. Bd. 2. S. 120—203.)[1]

[1] Der Ansicht, daß nach dem A.L.R. dem Ehemanne bei einer widerrechtlichen Tötung seiner Frau ein Entschädigungsanspruch nicht zustehe, ist auch

Weder das Allgemeine Landrecht, noch das gemeine Recht (wenigstens nach der vorherrschenden Ansicht) giebt also dem Ehemanne als solchem einen Anspruch auf Ersatz des ihm durch die Tötung seiner Frau entstandenen Schadens. Wenn nun auch das Eisenbahngesetz §. 25 insofern von den allgemeinen Rechtsregeln abweicht, als es die Eisenbahngesellschaften, auch ohne daß ihrerseits ein Verschulden vorliegt, in den gegebenen Fällen für entschädigungspflichtig erklärt, so läßt sich doch nicht annehmen, daß es bei der Frage, in welchem Umfange der durch einen Eisenbahnunfall entstandene Schaden zu ersetzen sei, weiter als die entsprechenden civilrechtlichen Vorschriften habe gehen wollen. Wäre eine solche Absicht vorhanden gewesen, so würde sie ohne Zweifel zum Ausdruck gekommen sein.

Für eine den Kreis der Entschädigungsberechtigten erweiternde Auslegung des §. 25 läßt sich nicht etwa geltend machen, daß nach den neueren Rechtsanschauungen die Vorschriften des älteren Rechtes als zu eng angesehen werden müßten und daher nicht anzunehmen sei, daß der Gesetzgeber bei denselben habe stehen bleiben wollen. Denn auch die neueren deutschen Gesetze und Gesetzentwürfe sprechen im Falle einer widerrechtlichen Tötung, abgesehen von der Erstattung der Kosten der Krankheit und des Begräbnisses, nur denjenigen Personen eine Entschädigung zu, welche einen Alimentationsanspruch gegen den Getöteten gehabt haben würden, wobei allerdings nicht immer hinzugefügt ist, daß der Anspruch unmittelbar aus dem Gesetze hervorgehen müsse. Die Notwendigkeit oder Zweckmäßigkeit einer wesentlichen Erweiterung der bezüglichen Vorschriften des Landrechts und des gemeinen Rechts ist daher bis jetzt nicht anerkannt.

Vergl. Württembergisches Gesetz vom 5. Sept. 1839 Art. 13; hessischer Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches Art. 661; bayerischer Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches Art. 941; sächsisches Gesetzbuch Art. 1492; Dresdener Obligationenrechts-Entwurf Art. 1008.

Dem letzteren Entwurfe hat sich in dem fraglichen Punkte das Reichsgesetz vom 7. Juni 1871 angeschlossen; in den Motiven ist dazu bemerkt, daß eine Veranlassung, darüber hinauszugehen, nicht anerkannt werden könne.

Förster, Theorie und Praxis 3. Aufl. Bd. 3 S. 455 Nr. 1. Dernburg, Preuß. Privatrecht 2. Aufl. Bd. 2 S. 859, läßt diese Frage dahingestellt. D. E.

Reichstagsverhandlungen pro 1871 Bd. 3 S. 72.[1]

Aus dem Vorstehenden ergiebt sich, daß dem angefochtenen Erkenntnisse eine unrichtige Auslegung des Eisenbahngesetzes von 1838 zu Grunde liegt. In der Sache selbst muß der Anspruch des Klägers schon deshalb als unbegründet angesehen werden, weil, wie oben ausgeführt, der Ehemann als solcher, abgesehen von den nicht in Betracht kommenden Kosten der Krankheit und der Beerdigung, weder nach dem §. 25 des Gesetzes von 1838, noch nach dem Allgemeinen Landrechte einen Anspruch auf Entschädigung für die Tötung seiner Frau hat. Einer Untersuchung, ob im übrigen die Voraussetzungen eines solchen Anspruches vorhanden sein würden, bedarf es also nicht."

## 87. Ist die Verabredung, daß für ein als Darlehn gegebenes, zum Parikurse stehendes Inhaberpapier der volle Barbetrag des Nennwertes zurückgezahlt werden solle, verboten?

I. Hilfssenat. Urt. v. 7. Januar 1881 i. S. R. P. (Kl.) w. A. P. (Bekl.) Rep. IV a. 18/80.

I. Kreisgericht Posen.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Der Kläger hatte dem Beklagten am 3. November 1863 einen Posener Pfandbrief über 100 Thlr. zum Parikurse als Darlehn gegeben, und Beklagter sich verpflichtet, ihm am 6. Januar 1864 volle 100 Thlr. bar zurückzuzahlen. Nach Empfang eines Teilbetrages wurde Kläger wegen des Restes der Barzahlung klagbar. Der Appellationsrichter wies jedoch die Klage zurück, weil die Abrede der Rückzahlung des Darlehns zum baren und vollen Betrage des Nennwertes des Pfandbriefes gegen das Verbotsgesetz des §. 793 A.L.R. I. 11 und der Deklaration vom 4. April 1811 (G.S. 1811 S. 169) verstoße. Die hiergegen eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde wurde für begründet erachtet.

Aus den Gründen:

„Mit Recht rügt die Nichtigkeitsbeschwerde die Verletzung der allegierten Gesetzesvorschriften. Die letzteren, welche gegen die Eingehung wucherlicher Geschäfte gerichtet waren, erklären die Verabredung, wonach

[1] Vgl. auch Österreichisches Civilgesetzbuch §. 1327, Schweizerischer Obligationenrechts-Entwurf von 1879 Art. 581. D. E.

ein in Inhaberpapieren gegebenes Darlehn zum baren Betrage des Nennwertes der Papiere zurückgewährt werden soll, keineswegs unbedingt für unerlaubt, sondern nur unter der Voraussetzung, daß die Papiere zur Zeit ihrer Hingabe einen Kurs hatten, der den Nennwert nicht erreichte. Dies spricht die Deklaration vom 4. April 1811 dahin aus:

„daß es nicht erlaubt sein soll, Staats- und ständische Obligationen, Pfandbriefe oder andere Arten von öffentlichen Papieren, welche für den vollen Wert nicht ausgegeben werden können, bei Darlehn statt baren Geldes in Zahlung zu geben, und sich die Zurückzahlung in barem Gelde nach dem Nominalwerte der Papiere auszubedingen; vielmehr sollen die Darleiher nur berechtigt sein, dergleichen in Zahlung zu gebende Papiere nach dem jedesmaligen Kurs in der Hauptstadt der Provinz, worin das Geschäft abgeschlossen wird, dem Schuldner in Rechnung zu stellen."

Schon dieser Wortlaut läßt darüber keinen Zweifel, daß das Gesetz den oben erwähnten Sinn hat. Solches folgt aber auch aus dem Zwecke des Erlasses der Deklaration. Durch das Gesetz vom 15. Febr. 1809 (G.-S. 1806—1810 S. 535) waren die Zinsbeschränkungen zeitweise suspendiert, und es bestimmte der §. 5 desselben:

Es ist erlaubt, Pfandbriefe... und alle Arten der inländischen Staatspapiere bei Darlehnen statt baren Geldes zu geben, und sich die Rückzahlung in barem Gelde nach ihrem Nominalwerte auszubedingen, auch diese Darlehne in das Hypothekenbuch eintragen zu lassen, alsdann dürfen aber nicht mehr als sechs vom Hundert an Zinsen ausbedungen werden, so lange diese Papiere unter dem Pari stehen.

Sonach war es gestattet, bei Darlehnen, die in Papieren der bezeichneten Art gegeben waren, die Rückzahlung in barem Gelde nach dem Nennwerte auch dann zu vereinbaren, wenn die Papiere unter pari standen. Als darauf die Verordnung vom 14. Juni 1810 (ebend. S. 715) die Wiederherstellung der früheren Gesetzgebung wider den Wucher anordnete, entstand der Zweifel, ob auch der §. 5 des Ges. v. 15. Febr. 1809 außer Geltung gestellt sei, und um diesen Zweifel dahin zu beseitigen, daß das Gesetz seinem ganzen Inhalte nach, mithin auch der §. 5 desselben, aufgehoben sei, erging die Deklaration, durch welche es zum klaren Ausdrucke gebracht ist, daß die bisherigen landrechtlichen Vorschriften in vollem Umfange wiederum in Kraft treten. Nach

dem Landrechte aber ist die Stipulation, wonach ein zum Darlehn gegebenes, pari stehendes Inhaberpapier im vollen baren Betrage des Nennwertes zurückgezahlt werden soll — weil ein solches Geschäft kein wucherliches ist, — nicht verboten (vergl. A.L.R. I. 11. §§. 794. 795; I. 16. §. 84).

Der Appellationsrichter hat sonach die bezeichneten Gesetzesvorschriften durch unpassende Anwendung verletzt, wenn er die behauptete Abrede für unzulässig erklärte, ohne festzustellen, daß der Pfandbrief zur Zeit der Hingabe im Kurse unter pari gestanden hat."

## 88. Ist bei Abtretung der Grundschuld die Cessionserklärung zum Übergange des Gläubigerrechtes genügend?

I. Hilfssenat. Urt. v. 10. Dezember 1880 i. S. J. (Bekl.) w. R.'sche Konkursmasse (Kl.). Rep. IV a. 106/80.

I. Landgericht Berlin.
II. Kammergericht daselbst.

Für den Gutsbesitzer R. zu M. in Steyermark war auf einem zu Bromberg belegenen Grundstücke eine Grundschuld von 60 000 M. eingetragen. Am 22. Dezember 1875 stellte R. notariell eine Urkunde aus, derzufolge er die Grundschuld der Beklagten cedierte. Cession und Grundschuldbrief sendete er später an den Rechtsanwalt H. zu Bromberg mit dem Auftrage, die Eintragung der Cession zu bewirken. Nachdem H. am 15. Juli 1876 beide Urkunden mit entsprechendem Antrage zu den Grundakten des verpfändeten Grundstücks eingereicht hatte, erfolgte die Eintragung, und der Grundschuldbrief nebst der Cession wurde am 21. August 1876 dem von H. gestellten Antrage gemäß vom Gericht der Beklagten zugestellt. Aber schon vor der Einreichung der Urkunden, nämlich am 12. Juli 1876, war über das Vermögen des R. durch Beschluß des k. k. österreichischen Landesgerichts zu G. der Konkurs eröffnet worden, und der Verwalter der Konkursmasse nahm die Grundschuld als ein zur Konkursmasse gehöriges Vermögensobjekt in Anspruch, indem er geltend machte, daß durch die Cessionserklärung der Übergang des Gläubigerrechtes auf die Beklagte sich noch nicht vollzogen hätte, die nach der Konkurseröffnung stattgehabten Rechtsakte aber der Gläubigerschaft gegenüber nichtig wären. — Die Beklagte

sprach. Sie wollte schon durch die Cessionserklärung das Gläu-
recht erworben haben, machte aber auch geltend, daß der Gemein-
ner sich schon vor der Konkurseröffnung zu ihren Gunsten des
es des Grundschuldbriefes und der Cessionsurkunde entäußert hätte.
Der erste Richter wies die Klage ab, indem er das Gläubigerrecht
mit der Cessionserklärung als auf die Beklagte übergegangen an-
Das Gericht zweiter Instanz mißbilligte diese Auffassung, indem
Übergabe des Grundschuldbriefes an den Cessionar zum Übergange
Gläubigerrechtes für erforderlich hielt, und machte die Entscheidung
einem Eide des klagenden Konkursverwalters darüber, daß R. schon
der Konkurseröffnung den Besitz des Grundschuldbriefes und der
sionsurkunde zu Gunsten der Klägerin aufgegeben hätte, abhängig.
der Revisionsinstanz wurde das Urteil zweiter Instanz bestätigt.
s den

Gründen:

„Unter den Parteien steht fest, daß durch den Beschluß des k. k.
rreichischen Landesgerichts zu G. vom 12. Juli 1876 der Konkurs
r das Vermögen des R. eröffnet worden ist. Die Wirkung, welche
diese Konkurseröffnung auf die Verfügungsfähigkeit des Gemeinschuldners
äußert, kann an und für sich nur nach österreichischem Rechte beurteilt
werden. Die Wirkung der vorschriftsmäßig publizierten Konkurseröff-
nung besteht nach §§. 1. 2. 3 der österr. Konkursordnung vom 25. De-
zember 1868 (Nr. 1 des österr. Reichsgesetzblattes für 1869) darin,
daß jede Verfügung des Gemeinschuldners über sein der Exekution
unterliegendes und darum zur Konkursmasse gehöriges Vermögen gegen-
über der Gläubigerschaft ungültig ist. Ob aber diese Wirkung der
Konkurseröffnung ohne weitere Voraussetzungen auch außerhalb
Österreichs anzuerkennen sein möchte, würde darnach zu entscheiden
sein, ob die fragliche Wirkung als eine die Handlungsfähigkeit des
Gemeinschuldners angehende nach dem am Wohnsitze des Schuldners
geltenden Rechte zu beurteilen, oder nur als die eines gerichtlichen
Veräußerungsverbotes, das außerhalb der Grenzen des österreichischen
Staates an und für sich keine Wirkung äußern könnte, aufzufassen wäre
(vgl. von Bar, internat. Privat- und Strafrecht S. 489 flg.). Die
Frage kann indes im Hinblick auf die Ministerialerklärung vom 16. Juni
1844 (preuß. G.S. 1844 S. 165) über die zwischen Preußen und der
Kaiserlich österreichischen Regierung getroffene Übereinkunft zur Be-

förderung der Rechtspflege in Fällen des Konkurses, deren Inhalt im Prager Friedensvertrage aufrecht erhalten worden ist, auf sich beruhen. Nach der gedachten Ministerialerklärung muß angenommen werden, daß — abgesehen von dem hier nicht vorliegenden Falle der durch den Besitz unbeweglichen Vermögens im Inlande auf Seite des Schuldners bedingten Eröffnung eines besonderen Konkurses — der über das Vermögen eines dem österreichischen Staate angehörigen Schuldners durch ein österreichisches Gericht erfolgten Konkurseröffnung die oben angegebene Wirkung auf die Verfügungsfähigkeit des Schuldners auch im Königreiche Preußen beizulegen ist. Denn wenn darnach das in Preußen befindliche bewegliche Vermögen des Schuldners an das österreichische Konkursgericht ausgehändigt werden soll, und nur zu Gunsten des mit einem vor Ausbruch des Konkurses erworbenen Pfand- oder Retentionsrechte versehenen Gläubigers eine Ausnahme in der Art gemacht wird, daß derselbe vor seiner vollständigen Befriedigung zur Verabfolgung der Sache nicht verpflichtet ist, so folgt, daß, wenn ein dem österreichischen Staate angehöriger, in letzterem in Konkurs geratener Schuldner nach der Konkurseröffnung über Vermögen, das anderenfalls zur Konkursmasse gehören würde, disponiert hat, diese Verfügung in Preußen als eine berechtigte ebensowenig anerkannt werden kann, wie die von einem in Preußen in Konkurs verfallenen Schuldner nach der Konkurseröffnung vorgenommene Disposition.

Die Frage, ob das der Grundschuld korrespondierende Recht zur Zeit der Konkurseröffnung noch zum Vermögen des Gemeinschuldners gehört habe, läßt sich nur nach den im preußischen Rechte für die Übertragung des fraglichen Rechtes enthaltenen Normen beurteilen. Dabei ist folgendes zu erwägen:

Nach §. 393. A.L.R. I. 11 geht durch die Erklärung des Cedenten, daß der andere das abgetretene Recht von nun an als das seinige auszuüben befugt sein soll, und durch die Annahme dieser Erklärung das Gläubigerrecht auf den neuen Gläubiger über. Nicht notwendig zum Übergange des Gläubigerrechts ist die Aushändigung des Schuldinstrumentes. Auch die Aushändigung der Cessionserklärung an den Gläubiger ist kein durchaus notwendiges Requisit für den Übergang des Gläubigerrechtes. (Vgl. Entsch. des Ob.-Trib. Bd. 63 S. 87; Hinschius in Behrends Zeitschrift Bd. 5 S. 437.) Daher würde im vorliegenden Falle, wenn derselbe nach der allegierten Bestimmung zu beurteilen

wäre, der Umstand, daß, wie der Kläger geltend macht, der Grundschuldbrief und die Cessionsurkunde erst nach der Konkurseröffnung aus den Händen des Gemeinschuldners in die der Beklagten gelangt sein sollen, dem Übergange des Gläubigerrechtes auf die Beklagte an sich nicht notwendig entgegenstehen.

Keine Anwendung indes findet die Bestimmung des §. 393 a. a. O. auf diejenigen Forderungsrechte, über welche Inhaberpapiere ausgestellt sind. Hier ist das Forderungsrecht an die Urkunde gebunden. Die letztere ist seine Verkörperung, und der Übergang des Forderungsrechtes vollzieht sich, wie der Eigentumsübergang einer körperlichen Sache, durch Tradition der Urkunde.

In der Mitte zwischen beiderlei Forderungsrechten stehen die zumeist dem Handelsrechte angehörigen Forderungsrechte, deren leichtere Übertragbarkeit dadurch gesichert ist, daß die über sie ausgestellten Urkunden an Ordre lauten und durch Indossament begebbar sind. Dergleichen Urkunden können durch Blankoindossament die Natur der Inhaberpapiere insoweit annehmen, als sie solchenfalls eine Übertragung des Gläubigerrechtes dnrch die Tradition der Urkunde gestatten. Aber, auch abgesehen von dieser Übertragbarkeit, hat — wenigstens bei der Wechselforderung, der Hauptrepräsentantin der oben besprochenen Klasse von Forderungsrechten — die Urkunde, in welcher der formale Charakter des Vertrages zur Ausprägung gelangt, wegen dieser formalen Natur eine wesentlich andere Bedeutung für die Übertragung des Forderungsrechtes, als eine gewöhnliche Schuldurkunde. Denn wenngleich eine Wechselforderung nicht bloß durch Indossament übertragen, sondern auch mit rechtlicher Wirkung cediert werden kann, so fällt doch eine solche Cession nicht in der Art unter die Bestimmung des §. 393 A.L.R. I. 11, daß die Cessionserklärung allein ohne Übergabe der Urkunde den Cessionar zum Forderungsberechtigten machen kann. Vielmehr gehört zur Übertragung des Forderungsrechtes neben der Cessionserklärung auch die Übergabe des Wechsels selbst. (Vgl. Entsch. des R.O.H.G.'s Bd. 11 S. 251 flg. und die dort allegierte Litteratur, ferner Entsch. des obersten Gerichtshofes für Bayern vom 11. Juli 1874 in den Blättern f. Rechtsanw. Jahrgang 39 S. 268 und in Seuffert Archiv Bd. 30 Nr. 135.)

In Ansehung des in Preußen durch die neue Grundbuchgesetzgebung eingeführten Rechtsinstitutes der Grundschuld ist die Form der

Übertragung in den Gesetzen nicht ausdrücklich bestimmt. Es muß also bei Entscheidung der Frage auf die innere Natur des neuen Rechtsinstitutes näher eingegangen werden. Dabei kommt folgendes in Betracht:

Die Grundschuld unterscheidet sich wesentlich darin von der Hypothek, daß die letztere begriffsmäßig ein accessorisches Recht ist, während die erstere, obwohl sie ihrem ökonomischen Zwecke nach von einem anderen Anspruche abhängen und auch zur Sicherung einer bestehenden Verbindlichkeit dienen kann, doch ihrem juristischen Wesen nach ein selbständiges, seinen Rechtsgrund in sich selbst tragendes Recht ist. Und zwar ist sie ein auf einem rein formalen Summenversprechen beruhendes Forderungsrecht, ein Formalrecht auf Leistung einer Summe, welche dem Eigentümer desjenigen Grundstücks obliegt, dessen Wert zur Sicherung der Leistung eingesetzt und bei welcher die Haftung des Schuldners auf das für die Schuld eingesetzte Grundstück beschränkt ist. (Vgl. Förster, Grundbuchrecht S. 125 flg., Theorie und Praxis Bd. 3 S. 383 flg.; vgl. auch Bremer, Hypothek und Grundschuld S. 53 flg. und Bähr, Jahrb. für Dogm. Bd. 11 S. 97 flg.) Diesem formalen Charakter des Rechtes entspricht die im §. 122 der Grundbuchordnung enthaltene Bestimmung, nach welcher eine Grundschuld ohne Ausstellung eines Grundschuldbriefes rechtlich unmöglich ist. In dem letzteren erhält die formale Natur des Rechtes ihren Ausdruck. Der formalen Natur des Rechtes entspricht auch die Zulässigkeit der Übertragung der Grundschuld durch Blankoabtretung (§. 55 des Gesetzes über den Eigentumserwerb ꝛc vom 5. Mai 1872). Mit der letzteren ist die Möglichkeit gegeben, der Grundschuld, ebenso wie dem mit Blankoindossament versehenen Wechsel, die Natur eines Inhaberpapieres insofern zu verschaffen, als die Übertragung des Rechtes durch die bloße Tradition des mit Blankoabtretung versehenen Grundschuldbriefes möglich wird. Aber auch, wenn nicht die Blankocession als Übertragungsform gewählt, sondern die Cessionsurkunde auf den Namen eines bestimmten Cessionars ausgestellt wird, nötigt die formale Natur der Grundschuld in ähnlicher Weise wie die des Wechsels zu der Annahme, daß zur Übertragung des Rechtes nicht bloß die Cessionserklärung, sondern auch die Übergabe der Urkunde erforderlich ist, zumal nach §. 20 des zuletzt allegierten Gesetzes auch bei der Eintragung der Grundschuld der eingetragene Grundschuldgläubiger das Verfügungsrecht über die Grundschuld erst durch die Aushändigung des Grund-

schuldbriefes an ihn erlangt. (Vgl. auch Bähr a. a. O. S. 89; Werner, die preuß. Grundbuch- und Hypothekengesetze Tl. 2 S. 30. 55. 112; Turnau, Grundbuchordnung S. 354, 2. Aufl.)

Von dem solchergestalt gewonnenen Gesichtspunkte aus würde die streitige Grundschuld als zur Konkursmasse des R. gehörig angesehen werden müssen, wenn anzunehmen wäre, daß eine Übergabe des Grundschuldbriefes an die Beklagte auf Grund der Cession vom 22. Dezember 1875 erst nach der publizierten Konkurseröffnung stattgefunden hätte."...

Hierauf folgen die auf diese Thatsachenfrage bezüglichen Erwägungen.

---

**89. Kann nach dem preußischen Gesetze vom 12. Juli 1875 ein von einem minderjährigen Hauskinde mit einem Großjährigen abgeschlossener oneroser Vertrag von einem Dritten als wegen der Minderjährigkeit des einen Kontrahenten ungültig angefochten werden? Ist die Genehmigung eines solchen Vertrages durch den zur Zeit des Abschlusses minderjährigen Kontrahenten gültig, wenn sie nach erreichter Großjährigkeit, aber während der Fortdauer der väterlichen Gewalt erfolgt?**

I. Civilsenat. Urt. v. 22. Dezember 1880 i. S. A. (Kl.) w. M. (Bekl.) Rep. I. 399/80.

I. Landgericht Frankfurt a. M.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Der in Frankfurt a. M. wohnende Vater der Klägerin hatte eine Wohnung von dem Beklagten gemietet, welcher nach beendigter Mietzeit wegen rückständig gebliebenen Mietzinses verschiedene, in die Wohnung eingebrachte Möbel auf Grund angeblichen gesetzlichen Pfandrechtes retinierte. Die Klägerin, welche als minderjähriges Hauskind durch einen mit ihrer Mutter als angeblichen Eigentümerin der Möbel und ihrem Vater als ehelichem Beistand ihrer Mutter am 9. April 1878 geschlossenen Vertrag jene Möbel gekauft und durch constitutum possessorium tradiert erhalten, auch angeblich aus selbstverdientem Gelde den Kaufpreis bezahlt hatte, klagte nach erreichter Großjährigkeit, jedoch bei fortdauernder väterlicher Gewalt, indem sie den Vertrag nach zurückgelegtem 21. Lebensjahre genehmigt zu haben behauptete, gegen den

Beklagten auf Herausgabe der ihr eigentümlich gehörenden retinierten Möbel. Der Beklagte excipierte, daß der Kaufvertrag vom 9. April 1878 nach dem preußischen Gesetze vom 12. Juli 1875, da die Klägerin während ihrer Minderjährigkeit einen onerosen Vertrag mit ihren Eltern ohne Mitwirkung eines ihr zu bestellen gewesenen Pflegers nicht gültig habe abschließen können, nichtig und das Eigentum auf die Klägerin nicht übergegangen sei, daß auch zur Gültigkeit einer späteren Genehmigung nicht genüge, daß Klägerin zur Zeit derselben großjährig, vielmehr erforderlich sei, daß sie selbständig, also nicht mehr in väterlicher Gewalt gewesen, daß Selbständigkeit nicht mit Großjährigkeit zu identifizieren sei.

Das Gericht zweiter Instanz wies die Klage ab, indem es die Einrede für begründet erachtete. Das Reichsgericht hat aber auf die Oberappellation der Klägerin das zweite Urteil aufgehoben und über Streitpunkte, welche hier übergangen werden, interloquiert, und zwar aus folgenden

Gründen:

„Wenn es auch richtig sein mag, daß das Wort „Selbständigkeit" im §. 3 des die Geschäftsfähigkeit Minderjähriger betreffenden preußischen Gesetzes vom 12. Juli 1875 nicht mit „Großjährigkeit" identisch ist, so folgt doch daraus allein, daß die großjährig gewordene Klägerin noch unter väterlicher Gewalt steht, noch nicht die Ungültigkeit der nach erreichter Großjährigkeit von der Klägerin erklärten Ratihabition des Vertrages vom 9. April 1878. Es wäre vielmehr, da durch das Gesetz vom 12. Juli 1875 neue Bestimmungen über die Geschäftsfähigkeit großjähriger Hauskinder nicht haben getroffen, vielmehr die in den verschiedenen Teilen der preußischen Monarchie geltenden bezüglichen Rechtsnormen haben aufrecht erhalten werden sollen, zu prüfen gewesen, inwieweit großjährige Hauskinder nach gemeinem und nach Frankfurter Recht einen Vertrag des Inhalts der Klageanlage rechtsgültig abzuschließen und folgeweise auch zu genehmigen fähig seien, und ob nicht, wenngleich der Vertrag vom 9. April 1878 wegen der damaligen Minderjährigkeit der Klägerin für ungültig zu erachten wäre, derselbe doch durch die in der Replik behauptete und ohne weiteres Beweisverfahren durch die Erhebung der vorliegenden Klage als festgestellt anzunehmende Ratihabition des Vertrages durch die inzwischen großjährig gewordene Klägerin nach gemeinem respektive Frank-

furter Recht rechtsgültig geworden wäre. Wenn aber die Bejahung dieser Frage noch für bedenklich zu erachten wäre, so würde doch jedenfalls der Beklagte nicht berufen sein, die Gültigkeit des Vertrages vom 9. April 1878 in Frage zu stellen. Nach §. 4 des Gesetzes vom 12. Juli 1875 ist nämlich der von einem Minderjährigen mit einem Großjährigen geschlossene Vertrag nicht völlig ungültig, vielmehr ist der großjährige Kontrahent gebunden, und der geschäftsunfähige Kontrahent nicht gebunden (pactum claudicans), und jener wird nur frei, wenn der Vertreter des geschäftsunfähigen Kontrahenten oder der letztere selbst nach erreichter Selbständigkeit die Genehmigung ausdrücklich verweigert oder nach einer Aufforderung des geschäftsfähigen Kontrahenten binnen zwei Wochen keine Erklärung abgiebt. Die Voraussetzungen, unter welchen hiernach die geschäftsfähigen Mitkontrahenten des Vertrages vom 9. April 1878 von ihrer Verpflichtung aus dem Vertrage hätten frei werden können, liegen nicht vor, vielmehr hat die Klägerin durch die Erhebung der vorliegenden Klage bereits den Vertrag nach erreichter Großjährigkeit genehmigt. Es ist daher nicht abzusehen, wie der Beklagte, ein Dritter, den Vertrag als ungültig soll anfechten können. Es ist vielmehr mit dem Richter erster Instanz, da auch die Tradition durch constitutum possessorium erfolgt ist, indem die Verkäuferin in dem Vertrage sich nur ein Benutzungsrecht vorbehalten hat, die Klage für begründet zu erachten, und nur die Begründetheit der Einreden des Beklagten zu prüfen."

---

## 90. Mündlicher Gesellschaftsvertrag. Teilung des durch gemeinschaftliche Verwendungen erzielten Erwerbes. Cession des Anspruches auf Rechnungslegung gegen den geschäftsführenden Teilnehmer.

I. Hilfssenat. Urt. v. 14. Januar 1881 i. S. B. (Kl.) w. W. (Bekl.) Rep. IVa. 266/80.

I. Kreisgericht Herford.
II. Oberlandesgericht Hamm.

Der Posthalter W. hatte in notwendiger Subhastation ein dem Kaufmann L. gehöriges Hausgrundstück in M. erstanden, auf dasselbe 4000 Thlr., die ihm darlehnsweise von der Kreissparkasse in M. gezahlt worden waren, eintragen lassen und das Grundstück sodann an

den Korbmacher B. verkauft. Der Kläger behauptete, der Posthalter W., der Metzger S. und der Schmiedemeister D. hätten sich zum gemeinschaftlichen Erwerbe des Grundstückes und zur Veräußerung desselben für gemeinschaftliche Rechnung durch mündlichen Vertrag vereinigt, auch behufs Bezahlung des einschließlich der Kosten auf 4000 Thlr. sich belaufenden Erwerbspreises das Darlehn von 4000 Thlr. aufgenommen, und der auf 5000 Thlr. festgesetzte Verkaufspreis wäre vom Käufer B. durch Übernahme der für die Kreissparkasse eingetragenen 4000 Thlr. und durch Barzahlung von 1000 Thlr. an den Posthalter W. berichtigt worden. Der Kläger, welcher als Cessionar des Schmiedemeisters D. auf Grund einer Urkunde vom 7. April 1878, inhalts deren ihm der Anspruch des D. auf den dritten Teil des angegebenen Überschusses von 1000 Thlr. abgetreten war, auftrat, verlangte von der Beklagten, der Witwe des Posthalters W., welche mit ihrem Ehemann in Gütergemeinschaft gelebt hatte, Zahlung der abgetretenen 1000 M., eventuell Rechnungslegung über den An- und Verkauf der in Rede stehenden Besitzung und Auskehrung des sich für D. ergebenden Gesellschaftsanteiles.

Das Gericht erster Instanz wies den Kläger mit dem principalen Klageantrage ab, verurteilte aber die Beklagte nach dem eventuellen. Auf die Appellation der Beklagten wies das Gericht zweiter Instanz die Klägerin auch mit dem eventuellen Antrage ab. Die Nichtigkeitsbeschwerde der Klägerin wurde zwar für begründet erkannt, in der Sache selbst aber das Urteil zweiter Instanz aufrecht erhalten.

Aus den Gründen:

„Der Appellationsrichter spricht aus, daß die Klage ihrem Wesen nach auf Teilung des Miteigentums gerichtet sei. Er bemerkt, in der Cessionsurkunde vom 7. April 1878 werde erklärt, daß der Schmiedemeister D., der Metzger S. und der Posthalter W. im Subhastationstermine die L.'sche Besitzung gemeinschaftlich gekauft haben. Er zieht in Betracht, es werde hiernach ein gemeinschaftlich ausgeführtes Kaufgeschäft geltend gemacht, der Kläger behaupte aber nicht, daß seinem Cessionar D., dem Metzger S. und dem Posthalter W. gemeinschaftlich das fragliche Grundstück zugeschlagen worden sei; derselbe räume vielmehr ein, daß W. das Grundstück allein gekauft und den Zuschlag erhalten habe. Sodann erwägt er, daß W. durch den Zuschlag das Eigentum des Grundstücks für sich allein erworben habe, da

der Umstand, daß W. seine Gebote nach vorheriger Verabredung mit D. und S. abgegeben, nicht bewirke, daß die letzteren Miteigentümer werden, der fragliche Umstand vielmehr nur einen persönlichen Anspruch gegen W. geben könne.

Der Gedankengang des Appellationsrichters ist also folgender: er geht davon aus, daß der Kläger zwar eine auf gemeinschaftlichen Erwerb des L.'schen Grundstückes gerichtete Vereinbarung der drei genannten Personen behauptet habe; er nimmt aber an, daß aus dieser Vereinbarung keine Klage auf Teilung von Miteigentum habe entstehen können, weil kein Miteigentum erworben, der Posthalter W. vielmehr durch den ihm erteilten Zuschlag Alleineigentümer des Grundstücks geworden sei, — und daß aus der fraglichen Vereinbarung nur ein persönlicher Anspruch gegen W. habe erwachsen können. Auf diesem Wege kommt der Appellationsrichter dahin, die Anwendung des §. 171. A.L.R. I. 17 auf den vorliegenden Thatbestand darum als ausgeschlossen anzusehen, weil, wenn auch das Vorhandensein des in gemeinschaftlichen Verwendungen bestehenden Requisites für die Anwendbarkeit des allegierten Paragraphen behauptet sei, doch das fernere Requisit des gemeinschaftlichen Erwerbes fehle.

In diesem Entscheidungsgrunde liegt eine Verletzung der gedachten Bestimmung. Der Gemeinschaftlichkeit des Erwerbes steht nicht entgegen, daß der Teilnehmer, welcher bei dem Erwerbe thätig gewesen, in eigenem Namen gehandelt und infolge dessen das Eigentum der erworbenen Sache übertragen erhalten hat. Entscheidend ist, daß der in eigenem Namen handelnde Teilnehmer durch die vorangegangene Abrede des gemeinschaftlichen Erwerbes gehindert wird, über das Erworbene wie ein Alleineigentümer zu verfügen, und daß in dieser Abrede für ihn seinen Teilnehmern gegenüber die rechtliche Nötigung liegt, das Erworbene wie einen gemeinschaftlich von ihm und den Teilnehmern gemachten Erwerb anzusehen. (Vgl. Striethorst Archiv Bd. 63 S. 21 und Bd. 79 S. 87.) Aus dieser Rechtsstellung des geschäftsführenden Teilnehmers zu dem fraglichen Erwerbe aber folgt von selbst die Verpflichtung jenes Teilnehmers, die stattgehabte Geschäftsführung den übrigen Teilnehmern aufzudecken.

Die Nichtigkeitsbeschwerde muß hiernach für begründet erachtet werden.

In der Sache selbst kann eine Erörterung der Frage, ob in dem

vom Kläger behaupteten Sach- und Rechtsverhältnisse ein Anspruch des einen Teilnehmers wider den anderen auf Rechnungslegung oder im Hinblick auf das mit der communio incidens komplizierte Mandat nur ein Anspruch auf Rechenschaftsablegung nach Vorschrift des §. 61. I. 13 A.L.R. begründet ist, ebenso wie ein Eingehen auf die Frage, ob die im §. 218. I. 17 das. enthaltene Bestimmung dem Anspruche des klagenden Cessionars auf Rechnungslegung entgegensteht, auf sich beruhen. Auch braucht nicht erörtert zu werden, ob einer von mehreren außer dem geschäftsführenden Teilnehmer vorhandenen Teilnehmern Rechnungslegung für sich allein zu fordern berechtigt ist. Entscheidend ist, daß der vom Kläger aus der behaupteten Geschäftsführung des verstorbenen Ehemannes der Beklagten hergeleitete Anspruch auf Rechnungslegung zum Gegenstande der an den Kläger geleisteten Cession nicht ausdrücklich gemacht worden ist. Gegenstand der Abtretung ist der in der Cessionsurkunde genau beschriebene und specialisierte, als Facit der in der Urkunde zusammengestellten Rechnungsfaktoren sich gestaltende Anspruch auf Zahlung von 1 000 M. In der Cession dieser Forderung ist nicht gleichzeitig eine Abtretung des Anspruches auf Rechnungslegung zu finden. Das Recht auf Rechnungslegung schließt begriffsmäßig die Befugnis ein, die Rechnung abzunehmen, d. h. die Einleitung des Moniturverfahrens herbeizuführen und in diesem Verfahren diejenigen Erklärungen abzugeben, welche darauf abzielen, das illiquide Verhältnis abzuwickeln und endgültig und rechtskräftig festzustellen, was der eine Teil dem anderen herauszugeben hat. Daß dem Kläger diese Befugnis von seinem Cedenten hat eingeräumt werden sollen, ist in der Cessionsurkunde zu keinem konkludenten Ausdrucke gelangt und nicht ohne weiteres annehmbar. Denn es ist die Möglichkeit durchaus nicht ausgeschlossen, daß der Cedent, der in der Cessionsurkunde die Gewähr für die Richtigkeit der cedierten Forderung übernommen hat, für den Fall der Erfolglosigkeit der Geltendmachung des in der Urkunde beschriebenen, als Objekt der Cession hingestellten Anspruches den Anspruch auf Rechnungslegung sich zur eigenen Geltendmachung hat vorbehalten wollen. Daß die Beklagte den Inhalt der Cessionsurkunde nicht von dem angegebenen Gesichtspunkte aus besonders bemängelt hat, ist gleichgültig. Auch ohne solche Bemängelung muß die Frage des Überganges des fraglichen Anspruches auf den Kläger nach dem Inhalte der Urkunde geprüft werden."

# IV. Rheinisches Recht.

## 91. Principien des französischen Rechts über die Zwangsvollstreckung gegen Gemeinden. Inwiefern sind diese Principien durch das Gesetz vom 7. März 1822 modifiziert?

II. Civilsenat. Urt. v. 15. Oktober 1880 i. S. U. (Kl.) w. Gemeinde Burg (Bekl.). Rep. II. 79/80.

I. Landgericht Koblenz.
II. Oberlandesgericht Köln.

Auf Grund eines Urteils vom 23. Nov. 1874 schuldete die Gemeinde B. dem Geschäftsmann U. die Summe von 733 M., für welche letzterer am 31. Juli 1877 Zahlungsbefehl zustellen ließ und Beschlagnahme von Immobilien erwirkte. Die Gemeinde legte Einspruch ein, infolge dessen durch gleichlautende Urteile zweier Instanzen die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt wurde. Der erhobene Kassationsrekurs wurde verworfen aus folgenden

Gründen:

„In Erw., daß nach den Grundsätzen des französischen Rechts die Gerichte zwar kompetent waren, über Ansprüche gegen die Gemeinden zu erkennen und Verurteilungen gegen dieselben auszusprechen;

daß aber eine Zwangsvollstreckung im gewöhnlichen Verfahren gegen die Gemeinden nicht stattfand, der Gläubiger vielmehr an die höhere Verwaltungsbehörde sich zu wenden hatte, welche dann Art und Zeit der Tilgung der Schulden je nach den vorhandenen Mitteln bestimmte, arr. vom 12. Brum. XI, Staatsratsgutachten v. 12. August 1807 und 26. Mai 1813;

daß diese Vorschriften ihren Grund darin hatten, daß die Gemeinden nur budgetmäßige Ausgaben machen konnten, und andererseits auch nicht in der Lage sich befanden, in beliebiger Weise Mittel zur Befriedigung der Gläubiger flüssig zu machen.

In Erw., daß der §. 25 des Ressort-Reglements vom 20. Juli 1818 bestimmt, daß es, soviel die Vollstreckung der wider den Fiskus, eine Gemeinde ... ergangenen Urteile betrifft, bei den bisherigen Formen sein Bewenden habe, und damit, wie nicht zu bezweifeln ist, jene früheren Vorschriften grundsätzlich aufrecht erhalten sind;

daß letztere auch durch kein späteres Gesetz und namentlich nicht, wie die Rekursschrift annimmt, durch das Gesetz vom 7. März 1822 aufgehoben worden sind;

daß nämlich bei dem Erlasse dieses Gesetzes der Gesetzgeber nicht die Absicht hatte, bezüglich der Feststellung und Beitreibung der Schulden der Gemeinden überhaupt neue Normen aufzustellen, dasselbe vielmehr, wie sich aus der Einleitung und der ganzen Fassung desselben ergiebt, lediglich die in früherer Zeit von den Gemeinden kontrahierten Schulden zum Gegenstande hatte, für welche das Dekret vom 9. Vendemiaire XIII mit seinem in der Rekursschrift durchaus irrig aufgefaßten Unterschiede zwischen der sogenannten alten und der neuen Schuld, sowie ferner das Dekret vom 21. August 1810 maßgebend waren, und wesentlich bezweckte, unter Aufhebung jenes Unterschiedes einen anderweiten Modus für die Ordnung und Tilgung der fraglichen Schuldverhältnisse einzuführen;

daß das Fortbestehen jener früheren Bestimmungen auch mit den Vorschriften der rheinischen Gemeindeordnung vom 23. Juli 1845 §. 87 (und der rheinischen Städteordnung vom 15. Mai 1856 §. 84) durchaus im Einklange steht;

daß nach alle diesem der Appellationsrichter mit Recht angenommen hat, daß das Gesetz vom 7. März 1822 auf den gegenwärtigen Fall keine Anwendung findet, und der eingelegte Rekurs als ungerechtfertigt sich darstellt."

---

**92. Kann auf Grund des gegen eine Handelsgesellschaft ergangenen Urteils, welches für provisorisch vollstreckbar erklärt ist, nachdem Berufung gegen dasselbe eingelegt worden, die Verurteilung eines der Teilhaber erwirkt werden?**

II. Civilsenat. Urt. v. 12. November 1880 i. S. D. (Bekl.) w. die Erben H. (Kl.) Rep. II. 255/80.

I. Landgericht Köln.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Die Erben H. belangten auf Grund eines bei dem Handelsgerichte zu Köln gegen die Baugesellschaft H. D. & Co. zu L. am 4. Novbr. 1878 ergangenen Urteils den Teilhaber der letzteren, D., auf Zahlung der judikatmäßigen Summe nebst näher angegebenen Zinsen und der ergangenen Kosten. Der Beklagte machte zu seiner Verteidigung unter anderem geltend, daß die Klage auf das fragliche Urteil nicht gestützt werden könne, da dasselbe durch Berufung angegriffen, mithin, wenn es auch für provisorisch vollstreckbar erklärt worden, nicht rechtskräftig sei.

Von den Vorinstanzen ist die Klage zugesprochen; das Reichsgericht hat dieselbe unter Aufhebung des Urteils zweiter Instanz als unbegründet abgewiesen aus folgenden

Gründen:

„Das Urteil, auf welches die Kage sich stützt, ist unbestritten nicht ein rechtskräftiges, den fraglichen Anspruch definitiv feststellendes, vielmehr in erster Instanz erlassen und durch Berufung angegriffen. Allerdings ist dasselbe — und darauf stützt sich die Entscheidung der Vorerkenntnisse — auf Grund von Art. 439 Code de proc. provisorisch vollstreckbar erklärt worden. Diese Erklärung hat aber gesetzlich nur die Bedeutung, daß das Urteil gegen die genannte Gesellschaft der Berufung ungeachtet exequiert werden kann, dagegen ist ihr dem Revisionskläger gegenüber, der nicht Partei in jenem Prozesse, eine Wirkung nicht beizulegen. Wollte man dies aber annehmen, so würde man zu dem Resultate gelangen, daß jenes Urteil, wie gegen die Gesellschaft, so auch gegen den Revisionskläger habe vollstreckt werden können. Von diesem Satze sind aber die Revisionsbeklagten nicht ausgegangen, denn es ist ihrerseits nicht die Exekution gegen den Revisionskläger betrieben, sondern die vorliegende Klage erhoben worden. Diese Klage wird nun, was ihre Begründung betrifft, lediglich auf das mehrerwähnte Urteil gestützt. Durch letzteres ist indes, wie angeführt, der fragliche Anspruch nicht endgültig festgestellt, vielmehr schwebt die Entscheidung über dessen Bestehen in zweiter Instanz. Bei dieser Sachlage kann aber das bezogene Urteil nicht ausreichen, um auf dasselbe eine auch nur provi-

sorische Verurteilung des Revisionsklägers zu stützen. Wenn daher von dem Oberlandesgerichte angenommen worden ist, daß durch jenes Urteil der fragliche Anspruch letzterem gegenüber als insoweit festgestellt zu erachten, daß derselbe dagegen nur Einreden aus eigenem Rechte geltend machen könne, so erscheint diese Annahme rechtsirrtümlich, da vielmehr eine solche Wirkung nur einem definitiven Urteile beizulegen gewesen wäre. Die angegriffene Entscheidung war hiernach wegen Verletzung der Art. 1351 Code civ. und Art. 112 H.G.B. aufzuheben, und die erhobene Klage abzuweisen.

Hierbei hätte noch die Frage entstehen können, ob nicht etwa das Erkenntnis in der gegenwärtigen Sache nach §. 139 C.P.O. bis zur Entscheidung in dem mehrerwähnten, für dieselbe präjudiziellen Prozesse auszusetzen; es würde das indes der Tendenz der angestellten Klage, die eine sofortige, vorläufig vollstreckbar zu erklärende Verurteilung des Revisionsklägers verlangt, nicht entsprochen haben."

---

## 93. Sind die gemeinrechtlichen Vorschriften über das Privileg des Fiskus für Steuern und öffentliche Abgaben im Gebiete des ehemaligen Großherzogtum Berg auch unter Herrschaft des Code civil in Kraft verblieben?

II. Civilsenat. Urt. v. 16. November 1880 i. S. Kl. als Syndik des Fallimentes Sch. (Bekl.) w. den Barmer Bankverein (Kl.). Rep. II. 148/80.

I. Handelsgericht Köln.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Das bereits oben Nr. 10 S. 17 teilweise mitgeteilte Urteil bejaht die bezeichnete Frage aus folgenden

Gründen:

„In Erwägung, daß unbestritten nach gemeinem Rechte, welches in dem Gebiete des ehemaligen Großherzogtumes Berg vor dem Inkrafttreten der französischen Gesetzgebung Geltung hatte, dem Fiskus für alle Steuern und öffentlichen Abgaben ein absolutes Privilegium im Konkurse des Schuldners zustand;

daß Art. 2098 Code civil, welcher zufolge Publikationsdekret vom

12. Nov. 1809 im Großherzogtum Berg mit dem 1. Januar 1810 in Wirksamkeit trat, bezüglich der Privilegien des öffentlichen Schatzes auf die dieselben betreffenden besonderen Gesetze verweist, eine Vorschrift, die hier nicht lediglich, wie der Kassationskläger will, von Gesetzen französischen Ursprunges verstanden werden muß;

daß aus Art. 3 des bezogenen Dekretes, welcher für alle von dem Code civil berührten Materien die bis dahin geltenden Rechte, namentlich auch das römische Recht außer Kraft setzt, eine Aufhebung der hier fraglichen Bestimmungen ebensowenig herzuleiten ist, als daraus, daß in den Artt. 91—104 des Dekretes über die Anwendung des Code civil vom nämlichen Tage bezüglich zweier specieller fiskalischen Privilegien Vorschriften enthalten sind;

daß für diese Frage auch der weiter hervorgehobene Umstand, daß in den näher bezeichneten bergischen Dekreten, welche die Organisation der Douane, bezw. des öffentlichen Schatzes zum Gegenstande haben, für das streitige Privileg ein Anhalt sich nicht findet, von keinerlei Erheblichkeit ist;

daß endlich die Rekursschrift sich mit Unrecht auf die preußische und deutsche Zollgesetzgebung beruft, da, wenn dieselbe — Vereinszollgesetz vom 1. Juli 1869 §§. 14 und 108, preußisches Zollgesetz vom 23. Januar 1838 §. 16 — dem Fiskus ein Retentions- und Pfandrecht an dem zollpflichtigen Gegenstande verleiht, diese Bestimmungen doch das hier in Frage stehende, weit umfassendere und in seiner Wirkung verschiedene Privileg nicht berühren, wie denn auch durch §. 166 des erstgenannten Gesetzes, übereinstimmend mit §. 2 des letzteren, nur die entgegenstehenden Bestimmungen aufgehoben sind."

---

## 94. Finden die Bestimmungen des L.R.S. 887 über Anfechtung von Erbteilungen auch in dem Falle Anwendung, wenn ein Miterbe als Gläubiger des Nachlasses in Bezug auf sein Forderungsrecht verkürzt worden ist?

II. Civilsenat. Urt. v. 23. November 1880 i. S. Sch. (Bekl.) w. Sch. (Kl.) Rep. II. 212/80.

I. Landgericht Offenburg.
II. Oberlandesgericht Karlsruhe.

Der Beklagte forderte an seinen verstorbenen Vater 1863 fl. 55 kr.; bei der Erbteilung hat er diese Forderung angemeldet, der die Teilung erledigende Notar minderte sie aber auf 1139 fl. 49 kr., weil er irrtümlich dem Gläubiger und Miterben den Anteil in Abzug brachte, welchen ein abwesender Erbe, der sich nicht gemeldet hatte, beizutragen gehabt hätte. Gleichwohl hat der Beklagte die Teilung anerkannt; einer später gegen ihn erhobenen Klage hielt er jedoch entgegen, daß er sich im Irrtum befunden habe, und daß er verletzt sei.

Darüber, ob hier Landrechtsatz 887 (Art. 887 Code civil) Anwendung finde, besagen die

Gründe:

„Der Beklagte behauptet gar nicht, in seiner Eigenschaft als Miterbe verkürzt zu sein, sondern als Gläubiger des Nachlasses, weil seine Forderungen nicht in deren vollem Betrage berücksichtigt wurden; dadurch kann er in seinem Erbteile gar nicht verletzt worden sein, wie in der mündlichen Verhandlung zutreffend hervorgehoben wurde, denn dieser wird um so größer, je weniger Schulden von den Aktiven des Nachlasses abgezogen werden; nur die Summe, welche der Beklagte als Gläubiger zu empfangen hatte, wurde kleiner. Demnach steht also gar nicht die Anfechtung der Erbteilung als solcher in Frage, sondern die Anfechtung des Anerkenntnisses vom 18. Januar 1877, worin der Beklagte thatsächlich auf denjenigen Betrag verzichtet hat, um welchen seine Forderung gekürzt worden ist. Der Trennung dieser Eigenschaften des Miterben und des Gläubigers steht gesetzlich nichts entgegen, deren Unstatthaftigkeit kann namentlich nicht daraus hergeleitet werden, daß in L.R.S. 829 ein Miterbe, welcher Schuldner des Nachlasses ist, hinsichtlich der geschuldeten Summe als „einwerfend" bezeichnet ist. Der Verzicht steht nun aber weder der Zahlung noch dem Schuldbekenntnisse gleich, auf welch letzteres die Berufungsbeschwerde hinweist und von welchen die daselbst angerufenen l. 31 Dig. de condict. indeb. 12. 6; l. 5 §. 1 Dig. de act. emti vend. 19. 1; l. 25 §. 4 Dig. de probationibus 22. 3; l. 1 pr. Dig. ut in possess. legat. 36. 4; l. 2 §§. 3. 4 Dig. de donation. 39. 5; l. 3. 4. Cod. de cond. indeb. 4. 5, sowie die citierten gemeinrechtlichen Schriftsteller, namentlich Vangerow §. 625, Windscheid §. 426, v. Holzschuher 2. Aufl. Bd. III S. 486, dieser unter Bezugnahme auf die l. 1 pr. Dig. 36. 4, allein handeln; ein Verzicht kann daher nicht gleich einer Zahlung oder gleich

einem Schuldbekenntnisse condiziert, sondern nur nach Maßgabe der allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen angefochten werden und, wenn dieses wegen Irrtums geschieht, muß solcher thatsächlich begründet werden. — Das Oberlandesgericht stellt nun aber und zwar vollkommen richtig fest, daß ein Irrtum nicht thatsächlich substanziiert worden sei, was um so mehr notwendig war, als ein selbstverschuldeter Irrtum den Vertrag nicht ungültig machte. — Landrechtsatz 1110. 1110a. — In letzterer Beziehung mag noch darauf hingewiesen werden, daß der Beklagte am 18. Januar 1877, als er die Teilung anerkannte, von einem Anwalte begleitet war."

---

**95. 1. Verleiht die während der Ehe von beiden Ehegatten erfolgte Anerkennung eines von der Ehefrau vor der Ehe geborenen unehelichen Kindes diesem die Erbfolgerechte der anerkannten natürlichen Kinder?**

L.R.S. 757.

**2. Ist eine Erbteilung, welche das eheliche Kind mit einer so anerkannten natürlichen Schwester in der irrtümlichen Unterstellung, sie sei durch die nachfolgende Ehe legitimiert worden, vorgenommen hat, nichtig, oder unterliegt sie nur der Anfechtung wegen Irrtums?**

II. Civilsenat. Urt. v. 14. Januar 1881 i. S. A. H. (Bekl.) w. J. H. (Kl.) Rep. II. 369/80.

I. Landgericht Karlsruhe.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Kläger hat mit der Beklagten den elterlichen Nachlaß hälftig geteilt; er focht diese Teilung als nichtig an, indem er folgendes behauptete: Er habe gemeint, die außerehelich von seiner Mutter geborene Beklagte sei durch Anerkennung vor der Ehe von seinem Vater legitimiert worden, erst nach der Teilung habe er erfahren, daß die Anerkennung der Eltern im Jahre 1843, also etwa vier Jahre nach Abschluß der Ehe, erfolgt sei. Die Frage, ob durch diese Anerkennung die Beklagte nicht mindestens ein Erbfolgerecht, also einen Anspruch auf den sechsten Teil des Gesamtnachlasses erlangt habe, ist in den Urteilen der beiden

Instanzen nicht erörtert worden; beide haben die Klage für begründet erachtet und die Zuerkennung des Klaganspruches von einem dem Kläger darüber zugeschobenen Eide abhängig gemacht, daß ihm schon zur Zeit der Teilung der wahre Sachverhalt bekannt gewesen sei.

Das Reichsgericht hat aufgehoben und besagen die

Gründe:

„Die Revisionsklägerin ist nach dem Akte vom 30. Januar 1843 von K. H. mit Zustimmung ihrer Mutter, der Ehefrau desselben, als dessen Tochter anerkannt worden. Diese von beiden Ehegatten erfolgte Anerkennung konnte zwar nach Landrechtsatz 331 eine nachträgliche Legitimation der Tochter nicht bewirken, wohl aber verleiht sie derselben die in L.R.S. 757 bestimmten Rechte am Nachlasse beider Eltern. Der L.R.S. 327 steht dem nicht entgegen, weil es sich nicht um die Anerkennung eines vor der Ehe mit einer dritten Person gezeugten Kindes handelt, und L.R.S. 756a soll seiner allgemeinen Fassung ungeachtet, wie sich aus der Geschichte seiner Entstehung ergiebt, nur die Vorschrift des L.R.S. 337 wiederholen und die Frage verneinend entscheiden, ob eine Anerkennung nach aufgelöster Ehe die Forderung einer Erbgebühr begründe.

Der Anspruch auf den sechsten Teil des Gesamtnachlasses, welchen hiernach die Revisionsklägerin hat, steht ihr als (außerordentlicher) Erbfolgerin zu und unterscheidet sich von dem eines gesetzlichen Erben nur dadurch, daß sie (L.R.S. 724) nicht kraft Gesetzes in die Gewähr der Güter, Rechte und Forderungen der Verstorbenen eintritt; im übrigen ist sie gleich einer Miterbin zu behandeln, also auch zur Erbteilung berufen und zur Forderung ihres Anteiles im Stücke nach Maßgabe des L.R.S. 826 berechtigt. Es liegt deshalb der Fall nicht vor, daß der Revisionsbeklagte den Nachlaß seiner Eltern mit einer Person geteilt hätte, welche überhaupt nicht zur Teilung mit ihm berufen war. Diesen Fall scheinen aber die Vorderinstanzen allein in Betracht gezogen zu haben; das Oberlandesgericht spricht wenigstens von einer Erbteilung, welche mit einer Person abgeschlossen wurde, welche der Mitkontrahent als Erben betrachtet, während derselben die Eigenschaft eines Erben abgeht, und erachtet im weiteren Verlaufe der Gründe für bewiesen, daß die Revisionsklägerin nicht erbberechtigt sei.

Wenn man nun auch für eben diesen Fall, wenn mit jemandem, dem ein Anteil am Nachlasse überhaupt nicht zusteht, geteilt worden ist,

der Ansicht, beitreten will, daß mangels einer Vertragsursache (L.R.S. 1131) eine Teilung gar nicht vorliege, es mithin weder einer Anfechtung wegen wesentlichen Irrtumes, noch einer condictio indebiti bedürfe, vielmehr diejenigen Rechtsmittel zu ergreifen seien, welche zu ergreifen wären, wenn der andere Teil gar nicht auf Grund der Teilung besäße, so verhält es sich doch anders in dem Falle, wenn bei vorhandener Berechtigung an der Nachlaßgemeinschaft dieselbe nur zu einer geringeren als der unterstellten Quote, hier also nur zu $^1/_6$ statt zu $^3/_6$, gegeben ist.

Es wird zwar von einigen Schriftstellern dieser Fall dem ersteren gleichgestellt,[1] während andere nur eine Anfechtung wegen Betruges oder Verletzung über ein Viertel (L.R.S. 887) zulassen wollen,[2] andere von einer Anfechtung wegen wesentlichen Irrtumes (L.R.S. 1110) und wieder andere von einer „rectification du partage" sprechen.[3] — Die Auffassung, daß auch, wenn irrtümlich der Anspruch auf eine größere Quote des Miterben unterstellt worden, als sie ihm gebührt, die Erbteilung wegen Mangels der Vertragsursache als nicht bestehend zu betrachten sei, kann jedoch nicht gebilligt werden.

Die Ursache des Teilungsvertrages, das heißt das Willensmoment, welches unmittelbar zum Abschlusse desselben bestimmend wirkt, ist nur die Aufhebung einer bestehenden Erbgemeinschaft, und als solche nicht bedingt oder abhängig von dem Umfange der Berechtigung, das heißt, es kann für die Frage, ob der Teilungsvertrag auf einer Ursache beruhe, nur entscheidend sein, ob eine Gemeinschaft bestanden habe, nicht aber, wie groß die Berechtigung der Interessenten an derselben gewesen sei. Das nur quantitative Moment ist dem Begriffe der Vertragsursache fremd und kann daher nur die Anfechtung der auf einer Ursache beruhenden Teilung begründen.

Dagegen muß der Irrtum über die Quote der Berechtigung der Beklagten hier schon um deswillen als wesentlicher gelten, weil der Kläger um zwei Sechsteile, also um mehr als ein Viertel verkürzt wäre, wenn er die Teilung gegen sich gelten lassen müßte.

Ob die Teilung, wie das Oberlandesgericht annimmt, wegen Mangels der Ursache als nicht geschehen zu betrachten, oder, ob sie nur wegen

[1] Zachariä §. 626. Aubry und Rau VI. §. 626 Note 4. Demolombe XVII.

[2] Chabot, successions zu Art. 887. S. 681/682.

[3] Laurent, principes X. Nr. 465.

Irrtumes anfechtbar sei, ist aber sowohl wegen der Beweislast als auch wegen der Bedeutung eines etwaigen Anerkenntnisses nach entdecktem Irrtume von Erheblichkeit. Ist der Irrtum das Fundament der Klage, so hat der Kläger — L.R.S. 1116a — ihn zu beweisen, und die nach den vorliegenden Umständen für ihn sprechende Vermutung, welche das Oberlandesgericht für den Fall hervorhebt, daß die Klage als condictio indebiti zu betrachten wäre, muß nach der Richtung gewürdigt werden, ob aus ihr die volle richterliche Überzeugung gewonnen werden könne, oder ob es noch eines Noteides bedürfe. Ein Anerkenntnis könnte der auf L.R.S. 1131 gestützten Klage nicht entgegengehalten werden, da sich die Landrechtsätze 1338. 1338a nur auf die Fälle der Anfechtbarkeit beziehen; es hatte deshalb auch das Berufungsgericht, weil es die Klage als condictio sine causa auffaßte, obgleich die Berufungsbeschwerde gegen den ganzen Inhalt des erstinstanzlichen Urteiles gerichtet war, keinen Anlaß, auf die in erster Instanz aufgestellte Behauptung einzugehen, daß der Revisionsbeklagte nach erlangter Kenntnis des wahren Sachverhaltes die Teilung nicht nur durch die Briefe vom 10. und 15. Oktober, sondern auch durch die mündliche Zusage anerkannt habe, seiner Schwester die ihr durch die Teilung zugewiesenen Fahrnisse zu überlassen.

Außerdem wäre noch, wenn man die Berechtigung der Revisionsklägerin mindestens zu einem Sechstel mitzuteilen anzuerkennen hat, die Frage zu erörtern, ob sie vorbehaltlos zur Herausgabe an den Revisionsbeklagten von allem zu verurteilen war, was sie aus der Teilung erhalten hat, oder ob die Verurteilung nicht bloß dahin gehen könne, daß die frühere gemeinschaftliche Masse behufs neuer Teilung wieder hergestellt werde.

Nach dem Ausgeführten geht das Berufungsgericht mit Verletzung der Landrechtsätze 337. 756a. 757. 1110. 1116a. 1131 von einer principiell unrichtigen Beurteilung der Klage aus, und war daher dessen Urteil aufzuheben."

---

**96. Ist bei der auf L.R.S. 2037 gestützten Einrede, daß der Gläubiger den Eintritt des Bürgen in die für die Forderung bestellten Pfandrechte unmöglich gemacht habe, darauf Rücksicht zu nehmen, ob die übrig gebliebenen Unterpfänder zur Befriedigung des Bürgen**

**ausreichen, wenn derselbe nach der Zahlung den Rückgriff auf den Hauptschuldner nehmen wird — oder ist der Wert der aufgegebenen Unterpfänder maßgebend? Bedeutung des Satzes: „nemo subrogat contra se“.**
**L.R.S. 1252.**

II. Civilsenat. Urt. v. 4. Januar 1880 i. S. W. (Bekl.) w. M. (Kl.) Rep. II. 357/80.

I. Landgericht Karlsruhe.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Der Kläger hat im August 1875 den Eheleuten S. Liegenschaften und Fahrnisse für zusammen 29 485 M. 72 Pf. verkauft, sich Hypothek vorbehalten und die Beklagten haben für diesen Kaufpreis die samtverbindliche Bürgschaft übernommen. Der Klage auf Bezahlung eines fälligen Termins hielten sie entgegen: der Kläger habe später eingewilligt, daß das mittlere Stück der Kaufobjekte einem anderen Gläubiger für 5 000 M. verpfändet werde, dieses sei in der Folge im Zwangswege verkauft worden. Durch die Entziehung dieses Stückes sei auch der Wert des hinter demselben gelegenen vermindert und damit eine Gesamtverminderung des Wertes der Pfandobjekte von 18 900 M. bewirkt worden. — Außerdem habe Kläger zu Gunsten einer später aufgenommenen Hypothek von 13 715 M. auf den Vorrang verzichtet.

Eine erhobene Schätzung ergab einen Wert der noch vorhandenen Pfandobjekte von 20 000 M.; das Oberlandesgericht berechnete, daß, wenn man jene 13 715 M. abziehe, immer noch soviel übrig bleibe, um den eingeklagten Termin zu decken, wenn die Beklagten solchen bezahlt haben würden, und bestätigte deshalb das verurteilende Erkenntnis erster Instanz. Das Urteil ist aufgehoben und die Klage abgewiesen worden aus folgenden

Gründen:

„Das angefochtene Urteil mußte wegen Verletzung der Landrechtsätze 1252 und 2037 aufgehoben werden. Ersterer ist, wie der Vertreter des Revisionsbeklagten selbst einräumte, deshalb verletzt, weil bei der vom Oberlandesgerichte angestellten Berechnung, ob der auf 20 000 M. geschätzte Wert der noch vorhandenen Liegenschaften zur Befriedigung der Beklagten ausreiche, wenn sie die eingeklagte Summe bezahlt haben

würden, übersehen worden ist, daß ihnen nicht nur die Pfandforderung des K., sondern auch der dann immer noch die Summe von 15 000 M. übersteigende Betrag der Restkaufpreisforderung des Klägers selbst vorgeht, so daß nicht anzunehmen ist, daß die Bürgen mit Erfolg ihren Zugriff auf die dem Kläger verhafteten Liegenschaften nehmen können. — Wenn sich der Anwalt des Revisionsbeklagten auf das in der mündlichen Verhandlung erfolgte Zugeständnis berufen hat, daß der Verzicht auf den Vorrang zu Gunsten des K. mit Zustimmung der Revisionskläger erklärt worden sei, so ist hierwegen zu bemerken, daß dies an der Thatsache, daß die Forderung des K. zuerst zur Befriedigung gelange, nichts ändern kann und daß der Verzicht zu Gunsten des M., wegen dessen die Einrede auf Grund des Landrechtsatzes 2037 vorgeschützt wurde, erst später erfolgt ist, die Beklagten aber um so weniger eine weitere Verminderung der hypothekarischen Sicherheit gelten zu lassen brauchen, wenn bereits früher schon eine solche bewirkt worden war.

Was den Landrechtsatz 2037 betrifft, so billigt das Berufungsgericht dessen Auslegung durch die erste Instanz, welche dahin geht, die daraus abgeleitete Einrede habe eine Entschädigung zum Gegenstande, könne also nur insoweit geltend gemacht werden, als ein Schaden stattgefunden habe.

Die Folge dieser Auslegung, beziehungsweise der Annahme, daß Landrechtsatz 2037 auf dem Principe der Beschädigung beruhe, war die, daß die Entscheidung nicht davon abhängig gemacht wurde, in welchem Betrage oder Werte der Kläger den Beklagten den Eintritt in seine Rechte, Pfänder und Vorzüge unmöglich gemacht habe, sondern davon, ob der noch vorhandene Rest dieser Pfänder ausreiche, damit die Beklagten den Rückgriff darauf nehmen können. Diese Auslegung des Landrechtsatzes 2037 kann aber nicht gebilligt werden. Aus der Geschichte seiner Entstehung ergiebt sich, daß er mit dem Rechte des Bürgen, welcher bezahlt hat, kraft Gesetzes in alle Rechte des Gläubigers einzutreten (Landrechtsätze 2029. 1251 Z. 3) im Zusammenhange steht, also ähnliches bestimmt, wie die l. 95 §. 11 Dig. de sol. 46. 3, l. 27 §. 5 l. 28 Dig. mand. 17. 1 beim mandatum qualificatum vorsehen. — Sowohl Treilhard im exposé des motifs, als Chabot im Berichte an das Tribunal, wie auch Lahary im gesetzgebenden Körper (vgl. Porcelet, recueil complet I. 702. 706. 718) verweisen

ausdrücklich auf die dem Bürgen zustehende Subrogation. Demnach ist die Bedeutung der Einrede nicht die, daß der Gläubiger, welcher den Eintritt des Bürgen in seine Rechte und Pfänder unmöglich machte, den Bürgen beschädigt, sondern die, daß er eine ihm obliegende Verbindlichkeit nicht erfüllt, ihr zuwider gehandelt habe. Es faßt deshalb gerade der im angefochtenen Urteile citierte Laurent Bd. 28. Nr. 302 das Verhältnis zwischen Gläubiger und Bürgen in dieser Beziehung als ein synallagmatisches auf, so daß die Einrede als exceptio non adimpleti contractus erscheint (L.R.S. 1184). Demnach gehört zur Begründung der Einrede nicht die Substanziierung eines Schadens in der Richtung, daß und inwieweit die übrig gebliebenen Mittel des Hauptschuldners zur Schadloshaltung des Bürgen unzureichend seien, sondern es kommt darauf an, bis zu welchem Betrage der Gläubiger Sicherheiten aufgegeben, beziehungsweise sich außer stand gesetzt habe, dem Bürgen den Eintritt in solche zu ermöglichen, wobei dann allerdings dem Gläubiger die Replik zusteht, daß die von ihm aufgegebenen Rechte ganz oder teilweise wertlos gewesen seien. So fassen auch insbesondere Marcadé und Laurent, auf welche die Instanzgerichte sich beziehen, die Sache auf. Ersterer bemerkt ausdrücklich: la caution ne saurait avoir droit de décharge que jusqu'à concurrence de la somme pour laquelle elle aurait eu recours contre le débiteur, si le créancier ne s'était pas mis dans le cas de ne pouvoir lui céder ses droits, und letzterer faßt a. a. O. Nr. 306 das Princip dahin: l'exception est fondée sur ce que le créancier a détruit, en tout ou en partie, les garanties qui assuraient le payement de la créance; si les garanties assuraient le payement de toute la dette, et si elles ont péri par la faute du créancier, la caution sera entièrement déchargée, si elles n'ont péri qu'en partie, la décharge sera proportionelle au préjudice approuvé par la caution.

Der Unterschied, ob man davon ausgeht, ob zur Zeit der Klage der übrig gebliebene Rest der ursprünglichen Sicherheit noch ausreiche, oder davon, wieweit der Gläubiger den Eintritt in letzteren unmöglich gemacht habe, ist schon um deswillen ein wesentlicher, weil im ersteren Falle der Bürge zur sofortigen Einklagung des Hauptschuldners genötigt und ihm jeder Nachteil auferlegt wird, welcher aus etwaiger späterer Verminderung des Wertes der noch vorhandenen Pfandobjekte entstehen kann. Wenn zur Sicherung des Gläubigers doppelte Hypothek

bestellt war und im Vertrauen auf diese Bürgschaft geleistet worden ist, so kann jenem nicht schlechthin die Minderung auf eine einfache Hypothek gestattet sein; die Hypothek, welche für die Gläubiger unteilbar ist, ist dies auch für den Bürgen. Landrechtsätze 2114. 2029."

---

## 97. Bewirkt die Verletzung der Vorschriften der Statuten eines Kreditvereines ohne weiteres die Befreiung desjenigen, welcher sich für die vom Verein gewährten Kredite verbürgt hat?[1]

II. Civilsenat Urt. v. 21. Jan. 1881 i. S. Vorschußverein Pf. (Kl.) w. B. (Bekl.) Rep. II. 381/80.

I. Landgericht Konstanz.
II. Oberlandesgericht Karlsruhe.

Der Beklagte hatte sich für einen dem H. R. vom klagenden Vereine zu gewährenden Kredit von 7 000 M. verbürgt. Der Klage auf Bezahlung dieser Summe hielt er entgegen, daß der Vorstand des Vereines mehrfach statutenwidrig gehandelt, namentlich spätere Kredite übermäßig gewährt und die vorgeschriebenen Benachrichtigungen des Bürgen von weiteren Krediten unterlassen habe. Die erste Instanz hat verurteilt, die zweite die Klage abgewiesen. Das Reichsgericht hat das Urteil erster Instanz wieder hergestellt und besagen die

Gründe:

„Das Berufungsgericht hat mit Recht angenommen, daß ein Fall des Landrechtsatzes 2037, wonach der Bürge von seiner Verbindlichkeit los wird, nicht vorliege. Es leitet aber im Anschlusse an Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts die Befreiung des Beklagten von seiner Haftung daraus her, daß der Kläger gewisse Vorschriften seiner Satzungen und Verordnungen über Art und Umfang der Kreditgewährung an den Hauptschuldner und Benachrichtigungen, welche an den Bürgen zu geschehen haben, und dadurch die ihm obliegende Sorgfalt verletzt habe. Damit wird jedoch von der nicht zu billigenden Rechtsanschauung ausgegangen, daß bei jedem Vertrage die Nichterfüllung des einen Teiles

[1] Vgl. Entsch. des R.O.H.G.'s Bd. 9 S. 184 und Juristische Zeitschrift für Elsaß-Lothringen, Jahrg. 1877 S. 114.

den anderen Kontrahenten ohne weiteres zum Rücktritte berechtige. Dieser Satz gilt aber nur bei doppelseitigen Verträgen, bei welchen Leistung und Gegenleistung in Frage stehen (Landrechtsätze 1101. 1102. 1184), oder wenn die Befreiung ausdrücklich bedungen worden ist; sonst ist die gesetzliche Folge der Nichterfüllung einer Verbindlichkeit sowie der Nichtbeobachtung der durch den Vertrag übernommenen Sorgfalt — sofern nicht die Erfüllung erzwungen werden kann oder will — nur die Verpflichtung zum Schadensersatze (L.R.S. 1142 flg.). Verlangt aber der Kontrahent im Wege der Klage oder Einrede Schadensersatz, so hat er den Schaden und den ursachlichen Zusammenhang desselben mit der in Frage stehenden Vertragsverletzung darzuthun und zu beweisen. In dieser Richtung hat Beklagter die Einrede nicht begründet; er hat nur dem Kläger mehrfache Verletzung der Satzungen und Verordnungen des Vereines vorgeworfen und sich dann auf die Behauptung beschränkt, daß durch diese Mißwirtschaft des Klägers, die Gewährung weiterer Kredite an den Hauptschuldner ohne Benachrichtigung des Beklagten und die vielfachen sonstigen Verletzungen der Statuten, das ganze bestehende Rechtsverhältnis durch den Kläger verschoben, die Verluste durch dessen Nachlässigkeit selbst veranlaßt worden seien, und daß derselbe sich damit des Rechtes, die dadurch aufgehobene Haftbarkeit des Beklagten in Anspruch zu nehmen, selbst verlustig gemacht habe; Landrechtsätze 1134. 1138. 1184. — Er hat nicht begründet, wann der Kredit hätte gekündigt werden sollen, und daß in diesem Falle sowie, wenn er von weiteren Kreditgewährungen rechtzeitig benachrichtigt worden wäre, der Schaden hätte abgewendet werden können. Das Berufungsgericht hält ihm auch mit Recht entgegen, daß er, da er sich für eine Kontokorrentschuld verbürgte, nach §. 48 der Verordnungen annehmen konnte, daß es nicht bei dem Kredit von 7 000 M., für den er sich verbürgte, sein Bewenden behalten, sondern daß noch weitere Kreditgewährung nachfolgen werde, ferner es stehe auch der Inhalt der Bürgschaftsurkunde der Einrede entgegen, daß der Beklagte sich nur unter der Bedingung verbürgt habe, daß der Kredit des Restlers niemals über 7 000 M. erhöht werde, und es sei auch die Behauptung unrichtig, daß Beklagter nur für den dem Restler am 7. Februar 1876 eröffneten Kredit von 7 000 M. sich verbürgt habe.

Was nun die erwähnten Voraussetzungen betrifft, unter welchen

allein die Einrede begründet wäre, daß der Beklagte von seiner Haftbarkeit befreit sei, nämlich entweder, daß diese Befreiung ausdrücklich vereinbart worden, oder, daß ein doppelseitiger Vertrag vorliege, so ist im angefochtenen Urteile weder die eine noch die andere festgestellt. Die bezüglichen Ausführungen, daß es der Wille der Kontrahenten gewesen sei, sich beiderseits den Satzungen und Verordnungen des Vereines zu unterwerfen, daß der Vertrag im Hinblicke auf dieselben abgeschlossen worden, daß der Vorstand eines Kreditvereines auch schon an und für sich verpflichtet sei, in allen seinen Geschäftsbeziehungen genau nach dem Statut zu verfahren und, daß insbesondere von jedem Bürgen angenommen werden könne, daß er diese Bürgschaft im Hinblicke auf die Statuten des Vereins eingehe und es als selbstverständlich voraussetze, daß der Vorstand des Vereines während der Dauer des Kontokorrentverhältnisses mit dem Schuldner, für den die Bürgschaft übernommen wird, stets statutengemäß handle und nie die Sorgfalt unterlasse, welche ihm die Satzungen und Verordnungen zur Pflicht machen — lassen zwar erkennen, daß festgestellt werden wollte, der Vorstand des Vereines sei verpflichtet und zwar auch dem Bürgen gegenüber, den Bestimmungen der Satzungen und Verordnungen nachzukommen, dagegen ist nicht daraus zu entnehmen, daß diese Verpflichtung den Vertrag zu einem synallagmatischen mache, noch, daß bedungen worden sei, daß deren Nichterfüllung den Bürgen schlechtweg befreien solle.

Aus diesen Feststellungen rechtfertigt sich daher nicht der daraus gezogene Schluß, der Bürge könne der Klage auf Zahlung mit Recht die Einrede entgegenhalten, daß er sich für einen statutenwidrig gewährten Kredit nicht verbürgt, sowie, daß der Gläubiger ihn durch sein statutenwidriges, das bestehende Rechtsverhältnis einseitig abänderndes Vorgehen selbst von seiner Bürgschaftsverbindlichkeit befreit habe, und der Verein nicht den Ersatz eines von ihm selbst, durch eigene Schuld veranlaßten Schadens verlangen könne; ebensowenig kann daraus die später gezogene Folgerung hergeleitet werden, daß Kläger, wenn er seinerseits den Vertrag nicht erfüllt, den er ebenso wie der Bürge im Hinblick auf die Satzungen und Verordnungen eingegangen ist, auch nicht vom Beklagten dessen Erfüllung verlangen könne, und dessen auf Nichterfüllung des Vertrages und Verletzung der Satzungen und Verordnungen gestützte Einrede vollkommen begründet erscheine. Nur bei doppel-

seitigen Verträgen berechtigt, wie bereits hervorgehoben wurde, die Nichterfüllung des einen den anderen Teil zum Rücktritte, allein die Bürgschaft wird nicht schon dadurch ein doppelseitiger Vertrag, daß der Gläubiger zur Einhaltung einer gewissen Sorgfalt dem Bürgen gegenüber verpflichtet erscheint, es entsteht dadurch nicht ein Austausch von Leistungen, nicht eine Verbindlichkeit des Gläubigers, welche ein Äquivalent für die Leistung des Bürgen wäre.

Aus dem Ausgeführten ergiebt sich, daß das angefochtene Urteil wegen Verletzung von Rechtsnormen, insbesondere der Landrechtsätze 1101. 1102. 1142. 1184 aufgehoben werden mußte, und daß in der Sache selbst die Verurteilung des Beklagten gerechtfertigt, mithin dessen Berufung gegen das erstinstanzliche Urteil ungegründet erscheint."

---

## 98. Liegt schon in der Thatsache, daß der Beklagte im Rechtsstreite unterlegen ist, ein dolus, oder doch eine culpa, welche ihn zum Ersatze des während des Prozesses eingetretenen Minderwertes des Streitgegenstandes verpflichtet?

L.R.S. 1382. 1383.

II. Civilsenat. Urt. v. 25. Januar 1881 i. S. Gemeinde L. u. Genossen (Bekl.) w. Standesherrschaft F. (Kl.) Rep. II. 380/80.

I. Landgericht Freiburg.
II. Oberlandesgericht Karlsruhe.

Über ein den beklagten Gemeinden an Waldungen der Klägerin zustehendes Beholzungsrecht wurden verschiedene Prozesse geführt, und ist die Klägerin schließlich rechtskräftig verurteilt worden, sich jeder Ausübung des Mitbeholzungsrechts in den belasteten Waldungen zu enthalten. Sie erhob nun eine neue Klage, mit der sie die Verurteilung der beklagten Gemeinden begehrte, das Recht der Klägerin zum Verkaufe von Windfallholz anzuerkennen; in zwei Instanzen siegten die Beklagten, in der dritten wurden sie verurteilt. Nunmehr wurde eine Klage auf Bezahlung von 9258 M. 54 Pf. gegen sie angestellt, weil bei der vorgenommenen Versteigerung des Holzes nur 13816 M. 93 Pf. erlöst worden waren, bei einem Verkaufe bei Beginn des Prozesses dagegen

23075 M. 45 Pf. erzielt worden wären. Die erste Instanz hat die Klage abgewiesen, die zweite die Beklagten verurteilt. Das Reichsgericht hat das Urteil des Berufungsgerichts aufgehoben und das der ersten Instanz bestätigt aus folgenden

Gründen:

„Die Verpflichtung der Beklagten zum Schadensersatze wird nach den Gründen zum Beweiserkenntnisse vom 20. November 1879 zunächst darin gefunden, daß deren unberechtigter Widerspruch gegen die früher gegen sie wegen Holzverkaufes erhobene Klage als unrechte That im Sinne des Landrechtsatzes 1382 aufzufassen sei, für deren Folgen beziehungsweise den hierdurch entstandenen unmittelbaren und vorherzusehenden Schaden sie nach L.R.S. 1382 d als Samtschuldner einzustehen hätten. Ein besonderes, neben und außer dem fortgesetzten Widerspruche gegen den Anspruch der Klägerin auf Verkauf des Windfallholzes bestehendes Verschulden der Beklagten wird nicht festgestellt, vielmehr ausdrücklich für unerheblich erklärt, ob ein Widerspruch im Prozeß in böser Absicht oder im guten Glauben geschehen sei. Dadurch wird aber L.R.S. 1382 rechtsirrtümlich angewendet. Derselbe setzt im Gegensatze zu L.R.S. 1383, welcher von der bloßen Nachlässigkeit oder Unverständigkeit (culpa) handelt, ein vorsätzliches dolöses Verhalten voraus. Ein solches kann aber nicht schon darin erkannt werden, daß sich ein Beklagter gegen einen Anspruch verteidigt, welcher in der Folge durch rechtskräftiges Urteil für begründet erklärt worden ist. Man kann nicht behaupten, daß der Beklagte (L.R.S. 1382 a) ein an sich verbotenes Unternehmen vollführte, wenn er von seinem Rechte Gebrauch gemacht, sich gegen einen Anspruch zu verteidigen, welchen er für unbegründet hielt, und daß die Beklagten im gegebenen Falle, ihr Recht der Verteidigung im Prozesse wissentlich auf eine widerrechtliche Weise ausgeübt hätten, ist nicht festgestellt worden. Beim Mangel einer Arglist oder Unredlichkeit haben aber die Beklagten für die Nachteile, welche der Kläger infolge der während des Prozesses eingetretenen Preisminderung erlitten hat, nicht einzustehen. Dies ist im gemeinen Rechte anerkannt (vgl. insbesondere Windscheid, Pandekten I §. 124) und auch ebenso in der französischen Doktrin und Rechtsprechung (vgl. Sourdat, responsabilité Nr. 664 flg. und Sirey, récueil 63. 1. 151 und Citate in der Note; auch Jahrbücher für badisches Recht S. 379 Anmerkung). Der §. 169 der badischen Prozeßordnung, welcher nur das Princip aufstellt, nach

welchem bei Verurteilung in die Prozeßkosten zu verfahren ist — vgl. jedoch §. 172 — hat unzweifelhaft, wie auch in der mündlichen Verhandlung vom Vertreter der Revisionsbeklagten anerkannt worden, nicht die Bedeutung und den Zweck, die landrechtlichen Bestimmungen über die Voraussetzungen der Verbindlichkeit zum Schadensersatze abzuändern oder zu ergänzen. Wenn sodann noch darauf Gewicht gelegt wird, daß die Beklagten dem Antrage der Klägerin im Vorprozesse auf fürsorglichen Verkauf des Holzes nicht nachgegeben haben, so ist hiergegen darauf hinzuweisen, daß diese Weigerung nur als eine Folge davon aufgefaßt werden kann, daß die Beklagten in der Hauptsache im Rechte zu sein glaubten, sowie darauf, daß der Antrag der Klägerin auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung in allen Instanzen zurückgewiesen worden ist, daß daher die konsequente Anwendung des vom Berufungsgerichte aus dem §. 169 der badischen Prozeßordnung hergeleiteten Principe dazu führen müßte, die Stellung dieses Gesuchs um Erlassung einer einstweiligen Verfügung für eine unrechte That der Klägerin zu erklären. Die Pflicht der Beklagten zum Schadensersatze wird aber noch als eine Folge des von ihnen veranlaßten Verzuges der Versteigerung des Holzes für begründet erachtet, indem sie durch den mehrfach erwähnten entschiedenen Widerspruch diesen Verkauf gehindert hätten. Daß die Grundsätze über die Folgen des Verzuges auf ein außerkontraktliches Verhältnis keine Anwendung finden können, ist selbstverständlich. Wollte aber, wie aus der Bezugnahme auf L.R.S. 1150 im weiteren Verlaufe der Gründe geschlossen werden kann, vermöge L.R.S. 1383 a der von der culpa handelnde L.R.S. 1383 für anwendbar erklärt werden, so fehlt auch hier die Feststellung der gesetzlichen Voraussetzungen; es ist insbesondere aus den Gründen nicht ersichtlich, inwiefern die Beklagten nachlässig oder unverständig gehandelt haben, weil sie von der Meinung ausgingen, daß der Klägerin das beanspruchte Recht zum Verkaufe des Windfallholzes nicht zustehe. — Solches konnte auch, wie sich aus dem Folgenden ergeben wird, nicht angenommen werden.

Das Urteil war daher wegen Verletzung der Landrechtsätze 1382. 1383. 1382 d aufzuheben und demnächst auf Grund des unbestrittenen Sachverhaltes, insbesondere der im Vorprocesse ergangenen Urteile, zu prüfen, ob nicht gleichwohl, in anderer Weise, ein Verschulden oder Versehen der Beklagten anzunehmen sei. Dies muß aber verneint

werden. Vor allem ist in Betracht zu ziehen, daß die Klage auf Zulassung des Verkaufes des Holzes in den beiden ersten Instanzen abgewiesen worden ist, und demjenigen, welcher die Urteile zweier Gerichte für sich hat, nicht wohl der Vorwurf gemacht werden kann, daß er den Prozeß leichtsinnig oder gar arglistig unternommen habe. — Aber auch in der dritten Instanz war das Obsiegen der Klägerin keineswegs ein vollständiges. — Sie hatte ihren Anspruch auf Verkauf des Windfallholzes auf vier Gründe gestützt, von welchen zwei, nämlich, daß sie den Bedarf der Gemeinden für 1872/73 bis zum Betrage von 2781 Festmeter aus der Nutzung von 1871/72 gedeckt, und daß sie gar kein Holz außer demjenigen verkauft habe, was sich nicht zur Abgabe an die Berechtigten eignete, in allen drei Instanzen zurückgewiesen worden sind. Die Entscheidungsgründe zum oberhofgerichtlichen Beweiserkenntnisse vom 3. März 1877 und zum Endurteil vom 14. Januar 1879 erklären den Anspruch der Klägerin, sofern er auf diese beiden Gründe gestützt wird, deshalb für unzulässig, weil dieselbe damit das ihr rechtskräftig abgesprochene Mitbeholzungsrecht wieder ausüben würde. Es ist aber einleuchtend, daß die Beklagten ein wesentliches Interesse gerade an der Entscheidung darüber hatten, ob der Klägerin ein Anspruch auf das Windfallholz daraus erwachse, daß sie den Bedarf einer späteren aus der Nutzung einer früheren Periode gedeckt und sich eine Beschränkung im Verkaufe des Holzes auferlegt habe. Bei der principiellen Bedeutung dieser beiden Klagfundamente erscheint das weitere, die Einsparung, als ein untergeordnetes, und wenn die Klägerin obsiegte, weil sie den ihr in dieser Richtung auferlegten Beweis geführt hat, so kann schon deshalb von keiner unrechten That oder einer Schuld (culpa) der Beklagten die Rede sein, weil diese Einsparung ein ihnen fremdes Unternehmen der Klägerin gewesen ist."

---

## 99. Wird eine betagte Forderung auch dem Bürgen gegenüber fällig, weil gegen den Hauptschuldner das Konkursverfahren eröffnet worden ist?

Art. 1188 Code civ. Konkurs-O. §. 58.

II. Civilsenat. Urt. v. 11. Februar 1881 i. S. B. (Bekl.) w. Handelsbank in Sch. (Kl.) Rep. II. 414/81.

I. Landgericht Konstanz.
II. Oberlandesgericht Karlsruhe.

Die vorderen Instanzen haben die obige Frage bejaht, das Reichsgericht hat dieselbe verneint aus folgenden

Gründen:

„Das Berufungsgericht stellt nicht, wie der Vertreter der Revisionsbeklagten annimmt, den Willen der Parteien dahin fest, daß danach die dem Hauptschuldner bewilligten Zieler dem Bürgen nicht in höherem Maße zu statten kommen sollten wie jenem; die Ausführungen in den Gründen enthalten keine Auslegung des konkreten Bürgschaftsvertrages, sie beziehen sich vielmehr auf die samtverbindliche Bürgschaft überhaupt, und treten derjenigen Doktrin und Rechtsprechung bei, wonach die Bestimmung des Landrechtsatzes 1188 nicht nur gegen den Hauptschuldner, welcher gantmäßig geworden, sondern auch gegen den Bürgen gelten soll. Es sprechen jedoch überwiegende Gründe für die entgegengesetzte Auslegung des Gesetzes.

Daß mit Eröffnung des Konkurses betagte Forderungen fällig werden, steht weder mit dem Forderungsrechte, noch mit dem Wesen der Befristung im Zusammenhange, beruht vielmehr auf dem Zwecke des Konkursverfahrens, das gesamte Schuldenwesen auf einmal zu erledigen; §. 58 der Konkursordnung soll sich, wie unzweifelhaft aus den Motiven hervorgeht, nur auf die Konkursgläubiger und die Grenzen des Konkursverfahrens beziehen, wozu in §. 27 des bad. Einführungsgesetzes zu den Justizgesetzen noch bestimmt ist, daß er auch auf die Forderungen solcher Gläubiger Anwendung finde, welche zur abgesonderten Befriedigung berechtigt sind.

Aus dieser konkursrechtlichen Bestimmung kann daher keinesfalls hergeleitet werden, daß die Fälligkeit der Forderung auch zum Nachteile des Bürgen eintrete; dies erkennen die Kommentatoren an, wie denn auch fast alle Schriftsteller über das französische Handelsrecht darin einig sind, daß nach der Fassung des Art. 448 Code de comm. im Ges. vom 28. Mai 1838 Art. 144 durch das Falliment des Hauptschuldners dem Bürgen die Zahlungszieler nicht entzogen werden. Es müßte daher der Satz, daß diese gegen den Hauptschuldner — oder nach §. 58 a. a. O. nur gegen die Konkursmasse — eintretende Fälligkeit auch gegen den Bürgen wirke, aus dem Wesen der Bürgschaft hergeleitet werden können, was jedoch nicht der Fall ist.

Der accessorischen Natur der Bürgschaft widerstreitet es so wenig wie der Samtverbindlichkeit (L.R.S. 1201), daß der Bürge unter anderen Modalitäten verhaftet sei wie der Hauptschuldner, und, wenn Bedingungen oder Termine vereinbart worden sind, welche diesem und dem Bürgen zu gute kommen, so würde es gegen die Grundsätze über Erfüllung der Verträge verstoßen, wenn eine nachträgliche Aufhebung durch einseitiges Vorgehen des Hauptschuldners zum Nachteile des Bürgen zugelassen würde; so wenig jener durch eine Verzichterklärung die bewilligten Termine zum Nachteile des letzteren aufheben kann, ebensowenig kann diese Folge an ein Ereignis geknüpft werden, welches nur den Hauptschuldner, nicht auch den Bürgen trifft. Die Bürgschaft soll für den Fall Sicherung verschaffen, daß der Hauptschuldner nicht bezahlt, und diese Sicherheit wird dadurch, daß derselbe vor Ablauf der Termine zahlungsunfähig wird, in keiner Weise gemindert, und liegt deshalb kein innerer Grund vor, auch gegen den Bürgen vor Fristablauf zu klagen und denselben durch sofortige Beitreibung der ganzen Forderung möglicher Weise ebenfalls in Konkurs zu bringen.

Aus L.R.S. 2011 und 2021 kann das Gegenteil nicht hergeleitet werden, denn mit den Worten „auf den Fall, da nicht der Schuldner selbst die Schuld berichtet" und „nur verbunden, wenn der Schuldner selbst nicht zahlt", soll bloß auf den in L.R.S. 2021 flg. näher geregelten subsidiarischen Charakter der Bürgschaft hingewiesen, keineswegs aber im Widerspruche mit L.R.S. 1134. 1186. 2015 bestimmt werden, daß jede Handlung oder jedes Verhalten des Schuldners, wodurch er die Fälligkeit der Schuld herbeiführt, auch dem dabei unbeteiligten Bürgen schaden soll.

Auch daraus, daß (L.R.S. 2016) Handlungen oder Säumnis des Schuldners, welche den Umfang und Inhalt der Verbindlichkeit selbst erweitern, auch eine unbestimmt übernommene Bürgschaft zu erschüttern vermögen, folgt noch nichts für die Macht des Hauptschuldners, durch sein späteres Verhalten, die bei der Bürgschaftsübernahme bestimmt verabredeten Nebenbestimmungen des Vertrages zum Nachteile des Bürgen aufzuheben.

Wenn noch geltend gemacht wird, daß der Bürge das Gesetz gekannt habe und daher sich besondere Zahlungsziele hätte bedingen müssen, wenn er der Gefahr ausweichen wollte, bezahlen zu müssen, sofern die Gant gegen den Hauptschuldner eine vorzeitige Fälligkeit

herbeiführt, so fällt dieses Argument mit der Voraussetzung, auf der es beruht, nämlich daß L.R.S. 1188 auch gegen den Bürgen anwendbar sei."

---

## 100. Wer ist eine untergeschobene Person im Sinne des bad. Landrechtsatzes S. 911? — Unterschied zwischen Verzicht auf die Erbschaft und Verzicht auf die Erbschaftsklage.

II. Civilsenat. Urt. v. 22. Februar 1881 i. S. M. u. Gen. (Bekl.) g. W. u. Gen. (Kl.) Rep. II. 420/80.

I. Landgericht Freiburg.
II. Oberlandesgericht Karlsruhe.

Auf dem Lindenberg im badischen Schwarzwalde war thatsächlich eine klösterliche Niederlassung von Frauenspersonen gegründet und wiederholt polizeilich aufgelöst worden. Vorsteherin war Veronika B. und waren die Liegenschaften auf ihren Namen transskribiert. Am 11. Juli 1878 hatte dieselbe den Rechtsanwalt M. zum Universalerben eingesetzt und am 13. Juli war zwischen diesem und ihrem Generalbevollmächtigten ein Kaufvertrag zustande gekommen, wonach Veronika B. jenem die Liegenschaften und Fahrnisse für 54 400 M. mit verschiedenen Belastungen verkaufte. Veronika B. starb am 24. Juli 1878 und hinterließ auf väterlicher Seite zwei Erben (Kinder eines verstorbenen Bruders ihres Vaters); diese erklärten gegen ein „Andenken" von 200 M., daß sie den Kaufvertrag und das Testament zum Vollzuge genehmigten. Der zunächst berufene Erbe auf mütterlicher Seite erklärte, nicht erben zu wollen, worauf 21 weitere Erben (Kinder von verstorbenen Geschwistern der Mutter) eintraten, von welchen drei erklärten, daß sie das Testament vollzogen wissen wollten. — Die anderen 18 erhoben gegen M. Klage auf Nichtigerklärung des Kaufvertrages und Testamentes und Herausgabe des Nachlasses behufs Teilung unter die gesetzlichen Erben. Diesem Begehren haben beide Instanzen entsprochen, und hat die zweite insbesondere ausgeführt, der Beklagte habe keinen Anspruch

auf die Erbteile der verzichtenden Erben, d. i. der beiden Erben von väterlicher und der drei Erben von mütterlicher Seite, welche den Vollzug des Testamentes genehmigten. In letzterer Hinsicht ist, auf Revision des Beklagten, das Urteil aufgehoben und erkannt worden, daß M. an Stelle dieser Erben zur Teilung berufen sei. Das weitere ergeben die

Gründe:

„Der Beklagte rügt mit Unrecht die Verletzung des Landrechtsatzes 911.

Das Berufungsgericht stellt thatsächlich fest, daß der im Testamente wahrhaft Bedachte die sobald als irgend möglich auf dem Lindenberge wiederherzustellende, früher bestandene Ordensniederlassung sei, entweder in der Weise, daß gemäß §. 11 des Ges. vom 9. Oktober 1860 die Staatsgenehmigung zu deren Einführung etwa gegeben, oder daß der Versuch gemacht werde, dem Staatsgesetze zuwider das Kloster in thatsächlicher Weise wieder herzustellen, wie dies früher fast zehn Jahre lang der Fall gewesen war.

Auf diesen zweiten Fall wird besonderes Gewicht gelegt und an einer späteren Stelle der Gründe noch ausgeführt: man werde die Absicht der Erblasserin, beziehungsweise Verkäuferin am besten erkennen, wenn man sich den Erfolg vergegenwärtige, welcher eintreten würde, sobald das Testament und der Kaufvertrag in Vollzug gesetzt werden. Die 18 bedachten Frauenspersonen würden nach dem Lindenberge zurückkehren, der mit den beiden Hofgütern jetzt grundbuchmäßig dem Beklagten gehört; sie könnten zur Bebauung der Felder ihre Dienste dem Gutsherrn widmen, wenn sie dies aber nicht thun würden, so könne er auch auf solche verzichten und zu diesem Zwecke unter der Bezeichnung „Mägde" einer weiteren Anzahl von Frauenspersonen den Aufenthalt auf dem Lindenberge eröffnen; einer neuen Gelübdeablegung der früheren Insassen bedürfte es nicht, mit der Einsetzung einer Oberin wäre das Kloster ganz im früheren Zustande wieder vorhanden, dem Rechtsanwalte M. gegenüber wäre aber die Lage der Staatsregierung wesentlich ungünstiger geworden als früher gegenüber der Veronika B. Vom Kaufvertrage wird festgestellt, daß derselbe ein anscheinend belastender Vertrag sei, in Wahrheit aber denselben Zweck verwirklichen solle, wie das Testament.

Diese auf frühere aktenmäßige Vorgänge und Beurteilung der Persönlichkeiten, sowie insbesondere des Inhaltes des Kaufvertrages beruhende Feststellung ist für das Revisionsgericht bindend, sofern dabei keine Rechtsnormen verletzt sind. In dieser Beziehung wird mit Unrecht die Verletzung der Landrechtsätze 1341 flg. gerügt; diese sind durch das badische Einführungsgesetz zu den Justizgesetzen außer Wirksamkeit gesetzt, und kann daher gemäß Art. 7 der Ver. vom 29. Sept. 1879 auf deren Verletzung die Revision nicht gegründet werden, überdies kann es keinem rechtlichen Bedenken unterliegen und ist auch durchweg in Doktrin und Rechtsprechung anerkannt, daß zum Beweise der Simulation — und um eine solche handelt es sich hier — Vermutungen zulässige Beweismittel sind.

Die religiöse Gemeinschaft aber, welche in Gemäßheit dieser Feststellung als die wirklich bedachte Persönlichkeit zu gelten hat, existierte zur Zeit des Todes der Erblasserin rechtlich nicht; darauf, ob sie wenigstens thatsächlich existierte, kann es bei richtiger Auslegung des Gesetzes nicht ankommen, es muß vielmehr für genügend erachtet werden, daß die wahre Absicht der Erblasserin darauf gerichtet war, ihren Nachlaß nicht den anscheinend Bedachten, sondern in verhüllter Weise einer sogenannten toten Hand zuzuwenden und so das bestehende Gesetz, welches ihr die direkte Zuwendung unmöglich machte, zu umgehen.

Übrigens müßte auch, wenn eine thatsächliche Existenz erforderlich wäre, diese aus den Feststellungen des Berufungsrichters gefolgert werden, denn es besteht danach nicht nur die durch das früher abgelegte Ordensgelübde gebildete religiöse Gemeinschaft der einstens auf dem Lindenberge zusammenwohnenden Frauenspersonen, sondern auch der Ort und Mittelpunkt ihrer Vereinigung, und erscheint deren zeitweise Entfernung von demselben unerheblich, wenn die Absicht der Veronika B. gerade darauf gerichtet war, die der Wiederherstellung des Zusammenlebens entgegenstehenden rechtlichen Hindernisse auf einem Umwege zu beseitigen. Daß vom Berufungsgerichte noch die Möglichkeit erwähnt wurde, daß die Staatsgenehmigung zur Errichtung des Klosters erwirkt werde, kann den Vorwurf der Verletzung des L.R.S. 911 nicht begründen, denn einmal bleibt immerhin die Feststellung bestehen, daß der Nachlaß der religiösen Gemeinschaft schon jetzt und auch für den Fall zugewendet sei, daß die Staatserlaubnis nicht erteilt und daher ihre thatsächliche Wiederherstellung mit Umgehung der Gesetze notwendig

werde, und sodann kann es doch nur darauf ankommen, ob die eigentlich bedachte Person zur Zeit des Todes der Erblasserin erwerbsfähig war.

Die Frage, wie es wäre, wenn die Staatsgenehmigung nachgesucht und erteilt würde, ob insbesondere die Verleihung des Korporationsrechtes ex tunc wirken würde, kann unerörtert bleiben, weil die Absicht, eine solche Bestätigung zu erwirken, gar nicht behauptet worden ist.

Demnach sind der Kaufvertrag und das Testament mit Recht für nichtig erklärt worden.

Was die Aktivlegitimation der Kläger betrifft, so ist dem Berufungsgerichte darin beizupflichten, daß zur Begründung der Erbschaftsklage (hereditatis petitio) die Behauptung genüge, daß die Kläger vom Gesetze berufene Intestaterben seien; ebenso erscheint die Einrede der notwendigen Streitgenossenschaft unbegründet. Es ist nämlich nicht richtig, daß die Frage, ob der Titel des Beklagten nichtig sei oder nicht, nur einheitlich festgestellt werden könne, es folgt dies insbesondere nicht daraus, daß die im L.R.S. 911 angedrohte Nichtigkeit auf dem öffentlichen Rechte beruht. Das wirtschaftliche Interesse an Beaufsichtigung der freigebigen Verfügungen zu Gunsten der in L.R.S. 910 erwähnten Anstalten und die ebenso im öffentlichen Interesse gebotene Fürsorge gegen Zuwendungen an Unfähige durch Umgehung der Gesetze bewirken mehr nicht als eben die Nichtigkeit einer solchen Verfügung, das heißt, daß sie im Gegensatze zur bloßen Anfechtbarkeit als nicht vorhanden betrachtet wird und demnach derjenige, welcher auf Grund derselben besitzt, als Besitzer pro herede, beziehungsweise, sofern er sich auf den simulierten lästigen Vertrag beruft, als Besitzer pro possessore mit der Erbschaftsklage belangt werden kann; dagegen folgt daraus keineswegs, daß diese Klage von allen, welche hierzu berechtigt sind, angestellt werden müsse, denn die Nichtigkeit ist, obgleich ihr diese öffentlichen Interessen zu Grunde liegen, doch nur zum Vorteile der Erben bestimmt, und es ist ihrem Ermessen überlassen, ob sie dieselbe geltend machen wollen oder nicht, wie denn auch die Meinung der einzelnen Erben darüber, ob nur eine Scheinverfügung vorliege oder nicht, eine geteilte sein kann.

Eine andere Frage ist die, ob, wenn nur ein Teil der Erben die Klage erhebt, während die übrigen sich passiv verhalten, die Kläger

sei es auf Grund eines Gesamteigentums der vom Gesetze berufenen, sei es wegen Unteilbarkeit der erbschaftlichen Gewere den ganzen Nachlaß repräsentieren, sodaß ihnen nicht entgegengehalten werden kann, daß noch mehrere mit ihnen berufene Erben vorhanden seien.

Diese in der mündlichen Verhandlung erörterte Frage kann aber auf sich beruhen, weil die Miterben der Kläger, welche sich diesen nicht angeschlossen, bei den Teilungsverhandlungen solche bestimmte Erklärungen abgegeben haben, welche bei richtiger Anwendung des Gesetzes (L.R.S. 780) nur als eine Antretung der Erbschaft und gleichzeitige Verfügung zu Gunsten des Beklagten M., somit nicht als ein Verzicht auf die Erbschaft, sondern nur als ein Verzicht auf die Erbschaftsklage aufgefaßt werden können. Andreas und Agatha B. — welche sogar ein Entgelt erhielten — und besagte drei auf mütterlicher Seite berufene Erben haben nicht auf ihr Erbrecht verzichtet, sondern vielmehr mit ihren Erklärungen die notwendige gesetzliche Folge einer Entsagung — hier die Anwachsung ihres Anteiles an die Miterben (L.R.S. 785. 786) — ausgeschlossen; wenn sie hätten verzichten wollen, so durften sie nicht den Vollzug des Testamentes vom 11. Juli 1878 fordern, dies konnten sie nur erklären, weil sie angetreten haben, es ergiebt sich dies unzweifelhaft aus der Bestimmung des L.R.S. 780.

Es beruht demnach auf einer Verletzung der Landrechtsätze 780. 784. 785. 786, wenn das Berufungsgericht, einen Verzicht der gedachten Miterben unterstellend, den Satz aufstellt, es gehe nicht an, daß Beklagter etwa die Anteile der Verzichtenden für sich in Anspruch nehme. — Gegen die Ausführung des Anwaltes der Revisionsbeklagten, die Einrede näherer Inteſtaterben sei nicht vorgeschützt, ist zu bemerken, daß es sich gar nicht um diese Einrede handelt, sondern um die Wirkungen des Verzichtes auf die Erbschaftsklage zu Gunsten des Beklagten; — auch der Einwand ist hinfällig, daß die nichtigen Akte nicht genehmigt werden konnten, denn einmal sind die Kläger nicht legitimiert, die von ihren Miterben abgegebenen Erklärungen anzufechten, und überdies kann als die herrschende und richtige Auslegung des L.R.S. 1340 angesehen werden, daß derselbe auch für nichtige Testamente gelte.

Demnach mußte die Revision für begründet erklärt werden, soweit durch das angefochtene Urteil das Urteil erster Instanz vom 12. Dezember 1879 seinem vollen Inhalte nach bestätigt worden ist.

Da die Erklärungen des Andreas und der Agatha B. sowie der drei Miterben auf mütterlicher Seite unbestritten vorliegen, konnte auch die Entscheidung in der Sache gegeben werden, welche nach dem zur Revision Ausgeführten dahin erfolgen mußte, daß die Verfügungen der Veronika B. nur den Klägern gegenüber für nichtig erklärt werden konnten und dem Beklagten die Rechte derjenigen Miterben zuerkannt wurden, welche zu seinem Vorteile auf die Erbschaftsklage verzichtet, ihm also ihre Anteile überlassen haben."

# V. Prozeßrecht.

**101. Finden die Bestimmungen in den §§. 267. 492 C.P.O. über den Verlust des Rügerechts der Verletzung einer das Verfahren betreffenden Vorschrift Anwendung, wenn die Leistung eines zugeschobenen Eides durch Beweisbeschluß in einem Falle angeordnet ist, wo nach den §§. 425. 426 C.P.O. auf Leistung des Eides durch bedingtes Endurteil hätte erkannt werden müssen?**

III. Civilsenat. Urt. v. 30. November 1880 i. S. L. (Bekl.) w. W. (Kl.) Rep. III. 642/80.

I. Landgericht Stade.
II. Oberlandesgericht Celle.

Der Fabrikant W. zu Stade hatte gegen den Bauunternehmer C. für demselben auf Bestellung zum Bau einer Strecke der unterelbischen Eisenbahn gelieferte Gegenstände eine Forderung von 2178 Mark. Nachdem der Beklagte, Bauunternehmer L., im Oktober 1879 auf Grund einer mit dem C. und der unterelbischen Eisenbahn-Gesellschaft abgeschlossenen Vereinbarung in das zwischen der letzteren und C. bezüglich des Baues dieser Strecke der unterelbischen Eisenbahn bestehende Kontraktsverhältnis eingetreten war und sich verpflichtet hatte, alle in Bezug auf den Bau der fraglichen Eisenbahnstrecke und auf das zur Herstellung derselben erforderliche Material von C. eingegangenen Verbindlichkeiten zu erledigen, sandte Kläger dem L., wie er behauptet, die der Klage in Abschrift anliegende Rechnung ein, mit der Aufforderung dieselbe zu bezahlen. Beklagter bat sich acht Tage Bedenkzeit aus und antwortete am 1. November 1879 auf eine Anfrage des Klägers, wann er die C.'sche Rechnung bezahle, telegraphisch: „Rechnung C.

zahle mit 70 %". Kläger forderte nun diese 70 % mit 1524 M. 72 Pf. Beklagter verweigerte die Zahlung, weil die von dem Kläger dem C. gelieferten Gegenstände mangelhaft gewesen und die garantierte Beschaffenheit nicht gehabt haben und entgegnete auf den Einwand des Klägers, daß er solche Ausstellungen zu machen nicht berechtigt sei, weil er sich ohne Vorbehalt verpflichtet habe, die ihm mitgeteilte C.'sche Rechnung mit 70 % zu bezahlen, daß er vor Absendung seines Telegramms eine mit der Anlage der Klaganträge gleichlautende Rechnung vom Kläger nicht erhalten habe.

Das Landgericht zu Stade verfügte durch Beweisbeschluß, daß über die vom Kläger behauptete relevante Thatsache, „daß er dem Beklagten im Oktober 1879 eine der Anlage 1 der Klagschrift entsprechende Rechnung mit der Aufforderung, ihm den Betrag derselben zu bezahlen, übergeben habe", Beweis zu erheben sei, normierte den hierüber dem Beklagten zugeschobenen, von diesem angenommenen Eid und setzte Termin zur Eidesleistung auf den 18. März an. In diesem Termine war Beklagter vertreten und verweigerte die Leistung des Eides, worauf das Gericht den Beklagten nach dem Klagantrage verurteilte. Beklagter erhob Berufung. Er beschwerte sich, daß die Leistung des fraglichen Eides durch Beweisbeschluß angeordnet sei, daß er verurteilt und nicht vielmehr auf die Beweiserhebung über seine Einreden eingegangen sei, verlangte, daß der Eid noch jetzt zum Erkenntnis gestellt werde und erklärte sich bereit, denselben zu leisten.

Das Oberlandesgericht verwarf jedoch die Berufung. Es nahm dabei an, daß zwar nach §§. 425. 426 C.P.O. die Leistung des Eides nicht durch Beweisbeschluß hätte angeordnet werden dürfen, sondern auf dieselbe durch bedingtes Endurteil hätte erkannt werden müssen, daß aber Beklagter, weil er die hierin liegende Verletzung einer Prozeßvorschrift im Termine am 18. März nicht gerügt habe, nach §§. 267 und 492 C.P.O. das Rügerecht in Bezug darauf auch für die zweite Instanz verloren habe.

Die hiergegen vom Beklagten erhobene Revision ist aus folgenden

Gründen

zurückgewiesen:

„Da nach §. 473 C.P.O. der Beurteilung des Berufungsgerichts auch diejenigen „Entscheidungen" (worunter nach der Terminologie der Civilprozeßordnung Urteile, Beschlüsse und Verfügungen zu verstehen

sind) unterliegen, welche dem Endurteile voraufgegangen sind, sofern nicht dieselben unanfechtbar oder mit der Beschwerde anfechtbar sind, so hatte der Berufungsrichter in Anlaß der von dem Beklagten gegen das Endurteil des Landgerichts zu Stade vom 1. April 1880 erhobenen Berufung auch die Zulässigkeit und Relevanz des Beweisbeschlusses vom 23. Februar 1880 einer Prüfung zu unterziehen. Wenn er dabei zu der Ansicht gelangte, daß der erste Richter nach den Bestimmungen in §. 425 C.P.O. die Leistung des dem Beklagten zugeschobenen und von ihm angenommenen Eides nicht durch Beweisbeschluß hätte anordnen dürfen, sondern auf denselben durch bedingtes Endurteil hätte erkennen müssen, weil einer der Ausnahmefälle (§§. 426 und 558 C.P.O.) nicht vorliege, so war eine Berücksichtigung dieses prozessualischen Verstoßes bei der Entscheidung ausgeschlossen, sofern die weitere Annahme des Berufungsrichters begründet ist, daß der Beklagte die hierin liegende Verletzung einer Prozeßvorschrift bei der nächsten mündlichen Verhandlung am 18. März 1880 in Gemäßheit der Bestimmung in §. 267 C.P.O. hätte rügen müssen und durch Unterlassung dieser Rüge nach §. 492 C.P.O. auch für die zweite Instanz das Rügerecht verloren habe. Denn der vorliegende Mangel des Verfahrens war dann als geheilt anzusehen und es konnte weder der Beklagte denselben in zweiter Instanz geltend machen, noch das Berufungsgericht ihn berücksichtigen, da §. 492 gerade die Bedeutung hat, gegen die Folgerung zu schützen, als könne die Partei eine in der ersten Instanz vorgekommene Verletzung einer das Verfahren betreffenden Vorschrift auf Grund des in §. 487 anerkannten Charakters der Berufung als eines novum judicium rügen, nachdem sie das Rügerecht in erster Instanz nach §. 267 verloren habe.

Die gegen die Entscheidung des Berufungsgerichts und die Anwendbarkeit der §§. 267 und 492 von dem Revisionskläger erhobenen Einwendungen erscheinen nicht begründet. Da thatsächlich feststeht, daß der Beklagte in dem zur Leistung des in dem Beweisbeschlusse vom 23. Februar 1880 über die in demselben zum Beweise gestellte Thatsache normierten Schiedseides auf den 18. März 1880 anberaumten Termine erschienen und bei dieser nächsten auf Grund des mangelhaften Verfahrens stattgehabten mündlichen Verhandlung den Mangel nicht gerügt, sondern den in dem ergangenen Beweisbeschlusse für ihn normierten Eid verweigert hat, somit die übrigen Voraussetzungen des

§. 267 a. a. O. gegeben sind, so handelt es sich nur darum, ob auch Beweisbeschlüsse und insbesondere Beweisbeschlüsse, durch welche die Leistung eines Eides angeordnet wird, zu denjenigen Prozeßhandlungen gehören, deren Mängel nach §. 267 von den Parteien gerügt werden müssen. Bei der allgemeinen Fassung des §. 267 „die Verletzung einer das Verfahren und insbesondere die Form einer Prozeßhandlung betreffenden Vorschrift" fragt es sich, wie das Gebiet der Anwendbarkeit dieser Vorschrift zu begrenzen sei. Die Motive enthalten keine bestimmten Anhaltspunkte, es wird vielmehr gesagt, es müsse der Wissenschaft überlassen bleiben, festzustellen, welche Vorschriften unter §. 267 fallen.

Zieht man den Zweck dieser im Anschluß an die Vorschriften vieler neuerer Gesetzgebungen aufgenommenen Bestimmungen, die Zahl der formellen Beschwerden zu verringern und einen geregelten Gang des Verfahrens zu sichern, sowie die Entstehungsgeschichte des §. 267 in Betracht, so kann es einem begründeten Zweifel nicht unterliegen, daß nicht nur Partei-Prozeßhandlungen, das heißt solche Handlungen, welche von nicht richterlichen Beamten auf Betreiben einer Partei zur Führung des Prozesses vorgenommen werden, sondern auch gerichtliche Prozeßhandlungen, also solche Handlungen, welche vom Gerichte im Laufe des Verfahrens vorgenommen werden, ohne eigentliche Akte der Rechtsprechung zu sein, unter das Gesetz fallen, die letzteren jedoch nur, soweit nicht der Inhalt richterlicher Verfügungen in Frage kommt. Es gehören hierhin namentlich diejenigen richterlichen Verfügungen, welche keine sachliche Entscheidung enthalten, sondern den Zweck haben, den Fortgang des Prozeßverfahrens zu betreiben und die definitive Entscheidung vorzubereiten, welche also nur eine prozeßleitende Bedeutung haben. Geht man hiervon aus, so findet §. 267 auch auf Beweisbeschlüsse Anwendung. Denn diese haben nur die Bedeutung einer die Beweiserhebung anordnenden prozeßleitenden Verfügung, welche in keiner Weise für den erkennenden Richter bindend und maßgebend ist. Handelt es sich um Anfechtung ihres Inhaltes, so kann allerdings §. 267 keine Anwendung finden, sind dagegen bei ihrem Erlasse sonstige Vorschriften des Verfahrens verletzt, so muß dieses bei Vermeidung der im §. 267 angedrohten Nachteile von der Partei rechtzeitig gerügt werden. Der gleichen Beurteilung unterliegt auch der Fall, wenn, wie vorliegend, durch Beweisbeschluß die Leistung

eines Eides angeordnet wird, soweit es sich nicht um die Anfechtung des Inhaltes des Beschlusses handelt. Denn auch dieser Beschluß ist kein Akt der Rechtsprechung, sondern hat nur die Natur einer prozeßleitenden, die Entscheidung vorbereitenden, für den Richter nicht bindenden Verfügung. Wird der durch Beweisbeschluß auferlegte Eid geleistet oder verweigert, so treten zwar die in §§. 428. 429 C.P.O. festgesetzten Folgen ein, es wird voller Beweis der beschworenen Thatsache begründet, beziehungsweise es gilt das Gegenteil der zu beschwörenden Thatsache als voll bewiesen. Allein der erkennende Richter hat die Frage, ob und welche Bedeutung diesen somit festgestellten Thatsachen für die Entscheidung beizulegen sei, vollkommen frei und unabhängig zu prüfen und auf Grund der nach Erledigung der Beweisaufnahme stattfindenden Verhandlung zu erkennen. In der hier in Betracht kommenden Beziehung begründet es principiell keinen Unterschied, ob die durch den Beweisbeschluß angeordnete Beweisaufnahme andere Beweismittel oder den Eid betrifft. Auch das von dem Revisionskläger aus der Vorschrift in §. 325 C.P.O. gegen die Anwendbarkeit des §. 267 auf den Beweisbeschluß erhobene Bedenken ist nicht begründet. Die Bestimmung, daß vor Erledigung des Beweisbeschlusses von keiner Partei eine Änderung desselben auf Grund der bisherigen Verhandlungen beantragt werden kann, bezweckt vor Störung und Verzögerung des Verfahrens zu schützen und zu verhüten, daß die Parteien auf Grund der bisherigen Verhandlungen Einwendungen gegen den Inhalt des Beweisbeschlusses erheben, indem sie geltend machen, daß überhaupt kein Beweis nach Lage der Sache zu erheben sei, oder daß andere Thatsachen zum Gegenstande der Beweiserhebung zu machen oder daß andere Beweismittel zuzulassen seien. Dagegen steht diese Bestimmung nicht entgegen, die Verletzung von Vorschriften des Verfahrens bei Erlaß des Beweisbeschlusses und insbesondere zu rügen, daß die Leistung eines über die für relevant erachteten Thatsachen zugeschobenen und angenommenen Eides nicht durch Beweisbeschluß hätte angeordnet werden dürfen, sondern auf dieselbe durch bedingtes Endurteil hätte erkannt werden müssen, weil eine der in der Civilprozeßordnung, insbesondere in §. 426 hervorgehobenen Ausnahmen von der in §. 425 aufgestellten Regel nicht vorliege.

Der Beklagte hätte also, wenn er die in §. 267 angedrohten Nachteile vermeiden wollte, in dem auf Grund des Beweisbeschlusses

vom 23. Februar 1880 stattgehabten nächsten Verhandlungstermine nicht die Leistung des ihm auferlegten Eides verweigern dürfen, sondern die Unzulässigkeit der Form der Anordnung der Eidesleistung rügen und den Erlaß eines bedingten Endurteiles beantragen müssen.

Indem der Berufungsrichter demgemäß davon ausgeht, daß auch für die zweite Instanz das Gegenteil der in dem vom Beklagten verweigerten Eide enthaltenen Thatsache feststehe, nämlich daß der Beklagte im Oktober 1879 eine der Anlage 1 der Klagschrift entsprechende Rechnung mit der Aufforderung, ihm den Betrag derselben zu bezahlen, vom Kläger erhalten habe, gründet er seine Entscheidung nicht auf einen unter Verletzung des Gesetzes festgestellten Thatbestand und verstößt insbesondere nicht gegen die Bestimmungen in §. 495 C.P.O. Zunächst ist es irrig, wenn der Revisionskläger ausführt, die Vorschrift in Absatz 2 des §. 495, daß die in erster Instanz erfolgte Leistung beziehungsweise Verweigerung der Leistung des Eides ihre Wirksamkeit auch für die Berufungsinstanz behält, wenn die Entscheidung, durch welche die Leistung des Eides angeordnet ist, von dem Berufungsgerichte für gerechtfertigt erachtet wird, beziehe sich nicht auf den Fall, wo die Leistung des Eides durch Beweisbeschluß angeordnet sei. Denn die Annahme, daß unter „Entscheidungen" nur End-, Teil- oder Zwischenurteile zu verstehen seien, steht nicht im Einklang mit der Terminologie der Civilprozeßordnung, und es ist für die Wirksamkeit der Leistung oder Verweigerung des Eides gleich, ob die Leistung desselben durch Beweisbeschluß oder Urteil angeordnet ist. Da die gegen die Zulässigkeit der Anordnung der Eidesleistung durch Beweisbeschluß vorliegenden Bedenken infolge der unterlassenen Rüge von seiten des Beklagten beseitigt waren und da §. 495 Abs. 2 nur auf die unmittelbaren Folgen der Leistung beziehungsweise Verweigerung des Eides sich bezieht, so hatte der Berufungsrichter die oben erwähnte Thatsache als feststehend anzunehmen, dagegen die Frage, ob das Gericht erster Instanz aus dieser Thatsache die richtigen Schlüsse für die Entscheidung gezogen habe, sowie über die Relevanz der zum Beweise gestellten Thatsachen seiner erneuten Prüfung zu unterziehen. Wenngleich nun das Berufungsgericht nicht ausdrücklich über diese Frage sich in den Entscheidungsgründen ausgesprochen hat, so ergiebt sich doch aus den letzteren, daß es und zwar mit Recht die zum Beweise verstellte Thatsache mit dem Richter erster Instanz für relevant angesehen hat. Es

liegt daher weder in dieser Beziehung, noch bezüglich der Frage, weshalb die vom Beklagten in zweiter Instanz abgegebene Erklärung, den ihm zugeschobenen und in erster Instanz verweigerten Eid jetzt leisten zu wollen, nicht berücksichtigt werden könne, ein unter §. 513 Ziff. 7 C.P.O. fallender Mangel an Entscheidungsgründen vor. Denn wenn die Verweigerung des Eides in erster Instanz nach der Lage der Sache auch für die Berufungsinstanz ihre Wirksamkeit behielt, so folgt daraus von selbst, daß der Beklagte diese Folgen nicht dadurch abwenden konnte, daß er nachträglich in der Berufungsinstanz zur Leistung des Eides sich erbot.

Sind hiernach die prozessualischen Angriffe nicht zutreffend, so gilt dasselbe von den gegen die sachliche Beurteilung erhobenen." . . .

---

## 102. Ist die Entscheidung des Berufungsrichters anfechtbar, durch welche derselbe die Behauptung einer in zweiter Instanz vorgenommenen Klagänderung zurückweist?[1]

C.P.O. §§. 242. 485. 489.

III. Civilsenat. Urt. v. 3. Dezember 1880 i. S. F. u. Gen. (Bekl.) w. W.'sche Bank (Kl.) Rep. III. 644/80.

I. Amtsgericht Limburg a. d. Lahn.
II. Oberlandesgericht Frankfurt a. M.

Die Revisionskläger hatten das Berufungsurteil angegriffen, weil es einen in der zweiten Instanz neu eingeführten Klagegrund zugelassen habe und die Statthaftigkeit dieses Angriffes darauf gestützt, daß, weil §. 489 der C.P.O. Klagänderungen in zweiter Instanz absolut verbiete, die Vorschrift des §. 242 auf die erste Instanz beschränkt werden müsse. Das Reichsgericht hat sich dieser Auffassung nicht angeschlossen aus folgenden

Gründen:

„Die Revisionskläger greifen das Urteil des Berufungsgerichts an, weil dasselbe eine in der zweiten Instanz vorgenommene Klagänderung zugelassen und damit gegen §. 489 C.P.O. verstoßen habe. Dieser Angriff ist für unstatthaft zu erachten.

[1] S. unten Nr. 118 S. 415.

Der §. 242 C.P.O. schreibt vor, daß eine Anfechtung der Entscheidung, daß keine Klagänderung vorliege, nicht stattfinden solle. Diese zunächst für das Verfahren vor den Landgerichten getroffene Vorschrift muß nach der allgemeinen Fassung des §. 485 C.P.O. auch für das Berufungsverfahren Geltung haben, wenn aus den von der Berufung handelnden Bestimmungen sich keine Abweichung ergiebt. Eine diesfällige Abweichung ist aber aus §. 489 C.P.O. nicht zu entnehmen. Denn wenn hier ausgesprochen wird, daß eine Änderung der Klage selbst mit Einwilligung des Gegners unstatthaft sei, so wollte damit nur den Parteien das Recht entzogen werden, noch in der zweiten Instanz einen neuen Klagegrund herbeizuziehen und zum gerichtlichen Austrag zu bringen. Diese Beschränkung der Parteienrechte findet ihren Grund in der Rücksichtnahme auf die Erhaltung eines geordneten Rechtsganges, aber sie greift nicht Platz in einem Falle, wo der Berufungsrichter nach Prüfung des Parteivorbringens zu der Überzeugung gelangt, daß eine Klagänderung gar nicht stattgefunden hat. Die Entscheidung, womit der Richter, sei es in einem Zwischenurteil oder in den Gründen seines Endurteiles, das Vorhandensein einer Klagänderung verneint, muß sowohl für die erste als für die zweite Instanz nach dem hierfür maßgebenden Grundsatze des §. 242 C.P.O. als unanfechtbar betrachtet werden." . . .

---

**103. 1. Muß die Beschwerde im Falle des §. 532 Abs. 2 C.P.O. stets zu Protokoll des Gerichtsschreibers gegeben werden, oder ist eine nicht von einem Anwalt, sondern nur von der Partei unterschriebene Beschwerde seitens des angerufenen Richters höherer Instanz als formell genügend zuzulassen?**

**2. Ist bei der Zwangsvollstreckung in unbewegliches Vermögen das Reichsgericht zuständig, über sofortige Beschwerden gegen die Entscheidung preußischer Gerichte betreffs des Zuschlags zu urteilen?**

C.P.O. §§. 701. 757.

Preuß. Gesetz vom 4. März 1879 (G.S. S. 102) betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen §. 9.

III. Civilsenat. Beschl. v. 17. Dezember 1880 in der K.'schen Beschwerdesache. Beschw.-Rep. III. 127/80.

I. Amtsgericht Neuwied.
II. Landgericht daselbst.
III. Oberlandesgericht Frankfurt a. M.

Bei der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen des Beschwerdeführers K. hat das Amtsgericht zu Neuwied am 24. Juli 1880 einen Zuschlagsbescheid erlassen. Gegen denselben hat der Beschwerdeführer sofortige Beschwerde beim Landgericht daselbst und demnächst beim Oberlandesgericht zu Frankfurt a. M. erhoben, ist jedoch in beiden Instanzen zurückgewiesen. Er überreicht jetzt rechtzeitig dem Reichsgericht eine von ihm unterschriebene sofortige Beschwerde, und weiter ein Gesuch, ihm auf Grund von beigebrachten Armutszeugnissen einen Armenanwalt zur Legalisierung der Beschwerde zuzuordnen. Letzteren Antrag hat das Reichsgericht abgelehnt, die Beschwerde aber als unbegründet zurückgewiesen.

Gründe:

„Dem Antrage, worin die Bestellung eines Armenanwaltes zum Zwecke der Legalisierung der gleichzeitig beigefügten Beschwerdeschrift erbeten wird, liegt die Ansicht zu Grunde, daß diese Form behufs Zulassung der Beschwerde gesetzlich geboten sei. Das ist jedoch nicht der Fall. §. 532 Abs. 2 C.P.O. schreibt vor:

> Die Einlegung (der Beschwerde) erfolgt durch Einreichung einer Beschwerdeschrift; die Einlegung kann auch durch Erklärung zum Protokolle des Gerichtsschreibers erfolgen, wenn der Rechtsstreit bei einem Amtsgericht anhängig ist, oder anhängig war.

Nach den Motiven der Regierungsvorlage könnte es den Anschein gewinnen, als wenn hierdurch hinsichtlich der Form der Beschwerde entweder eine Anwaltsschrift oder die Erklärung zu Protokoll vorgeschrieben wäre. Sie bemerken nämlich S. 330:

> Die Beschwerde wird nach §. 508 Abs. 2 (jetzt §. 532) entweder durch eine Beschwerdeschrift oder in den dort zugelassenen Fällen zum Protokoll des Gerichtsschreibers eingelegt. Ersteren Falles ist die Beschwerdeschrift — weil für das Beschwerdegericht, also ein Gericht höherer Instanz bestimmt — nach der allgemeinen Regel des §. 72 (jetzt §. 74) eine Anwaltsschrift.

Diese Bemerkung ist jedoch ungenau. Der Unterschied, welchen §. 532 Abs. 2 a. a. O. in betreff der Beschwerdeschrift und der Erklärung zu Protokoll macht, korrespondiert mit den allgemeinen Bestim-

mungen des §. 74 C.P.O. Inhalts derselben ist der Anwaltszwang vorgeschrieben für das Verfahren vor den Landgerichten und allen Gerichten höherer Instanzen. So lange der §. 74 (in den Vorentwürfen) nur diese Bestimmung enthielt, war die angeführte Äußerung der Motive zutreffend. Dies ist nicht mehr der Fall, nachdem §. 74 Abs. 2 die Ausnahme zugelassen hat, daß Prozeßhandlungen, welche vor einem Gerichtsschreiber vorgenommen werden können, dem Anwaltszwange nicht unterliegen. Wie die Motive zu §. 72 (jetzt §. 74 S. 99) ergeben, ist durch den Zusatz im zweiten Absatze beabsichtigt, bei denjenigen Proceduralten, welche sich nicht als grundsätzliche Bestandteile der mündlichen Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte darstellen, den Anwaltszwang auszuschließen. Dazu sind namentlich die Prozeßhandlungen, welche vor dem Gerichtsschreiber vorgenommen werden können, gerechnet. Daraus ergiebt sich, daß, wie an vielen Stellen der Civilprozeßordnung, so auch im §. 532 Abs. 2 der Ausdruck:

„Erklärung zum Protokolle des Gerichtsschreibers"

nur den Gegensatz zum Anwaltsprozeß bezeichnet. Für die Fälle, in welchen das Gesetz diese Erklärung gestattet, ist der Anwaltszwang ausgeschlossen, und es tritt deshalb die allgemeine Regel ein, daß Anträge der Parteien einer besonderen Form nur bedürfen, sofern dies vom Gesetze vorgeschrieben ist. Hinsichtlich der vorbereitenden Schriftsätze wird dieser Grundsatz im §. 121 Nr. 6 C.P.O. ausdrücklich anerkannt.

Da nun der Rechtsstreit, welcher den Anlaß zu der gegenwärtigen Beschwerde bietet, bei dem Amtsgericht zu Neuwied anhängig ist, so findet die Vorschrift des §. 532 Abs. 2 a. a. O. Anwendung und es steht nichts entgegen, den eingereichten, nicht legalisierten Schriftsatz des Beschwerdeführers materiell zu prüfen.

Die Zuständigkeit des Reichsgerichts zur Entscheidung über die Beschwerde unterliegt keinem Bedenken. Die Civilprozeßordnung hat das gesamte Zwangsvollstreckungsverfahren geregelt. Für die Zwangsvollstreckung in Grundstücke gelten deshalb nicht bloß die §§. 755 bis 757, sondern auch die allgemeinen Vorschriften im ersten Abschnitt des achten Buches, insbesondere diejenige des §. 701 über die Anfechtung von Entscheidungen, welche ohne mündliche Verhandlung erfolgen können. Wenn §. 9 des preußischen Gesetzes vom 4. März 1879 (G.S. S. 102) in Ausführung des durch §. 757 C.P.O. gemachten Vorbehaltes bestimmt,

daß die Entscheidung über den Zuschlag ohne mündliche Verhandlung erfolgen kann, und hinzufügt:

Gegen dieselbe findet nur sofortige Beschwerde statt,

so entspricht diese Vorschrift dem §. 701 C.P.O., und die sofortige Beschwerde muß nach den Grundsätzen der Civilprozeßordnung über dieses Rechtsmittel und zwar in höchster Instanz vom Reichsgericht erledigt werden."

(Es folgen die Gründe für Zurückweisung der Beschwerde.)

---

**104. Die Notfrist der sofortigen Beschwerde läuft nicht, wenn die Zustellung des beschwerenden Beschlusses in Fällen des §. 294 Abs. 3 C.P.O. durch die Partei und nicht von Amts wegen stattgefunden hat.**

III. Civilsenat. Beschl. v. 11. Januar 1881 i. S. Th. w. K. Rep. III. 124/80.

I. Amtsgericht Eltville.
II. Landgericht Wiesbaden.
III. Oberlandesgericht Frankfurt a. M.

Ein im Zwangsvollstreckungsverfahren gefaßter und unter die §§. 294 Abs. 3 und 701 C.P.O. fallender Beschluß des Amtsgerichts E. war durch die obsiegende Partei der Gegenpartei zugestellt worden. Letztere erhob die sofortige Beschwerde, welche von dem Landgericht als rechtzeitig eingelegt angenommen wurde, obwohl von jener Zustellung an gerechnet bis zur Einlegung mehr als zwei Wochen verflossen waren. Dagegen verwarf das Oberlandesgericht die Beschwerde als verspätet, weil die erfolgte Zustellung des beschwerenden Beschlusses rechtsgültig erfolgt sei, da es für den Lauf der Notfrist gleichgültig erscheinen müsse, ob die in Frage stehende Zustellung durch den Gerichtsvollzieher im Auftrag des Gerichts oder der Partei stattgefunden habe. Das Reichsgericht mißbilligte diese Ansicht aus folgenden

Gründen:

„Den vom Gesetze anerkannten Fällen der sofortigen Beschwerde liegt insgesamt der Gedanke zu Grunde, daß, weil die dabei in Frage stehenden gerichtlichen Verfügungen auf Rechte des Gegners oder eines

Dritten einwirken und daher einer Rechtskraft fähig sind, es geboten erscheinen müsse, den baldigen Eintritt dieser letzteren herbeizuführen. In dieser Erwägung ist für die Erhebung der sofortigen Beschwerde eine Notfrist eingeführt, deren Ablauf mit der Präklusion des Rechtsmittels bedroht ist, und deren Beginn in den Fällen der §§. 301 und 829 Abs. 3 C.P.O. an die Verkündung, im übrigen an die Zustellung des gefaßten Beschlusses geknüpft ist (§. 540 Abs. 2).

Im Begriffe einer Notfrist liegt, daß sie nicht anders zu laufen beginnt, als wenn die gesetzmäßigen Voraussetzungen für ihren Beginn strenge eingehalten sind. In dieser Beziehung kann kein Unterschied bestehen zwischen den verschiedenen Notfristen, welche das Gesetz kennt; überdies wird auch die diesfällige Gleichförmigkeit der Beschwerdefristen mit den für die Rechtsmittel gesetzten Fristen von den Motiven ausdrücklich anerkannt.

Der gegenwärtige Fall betrifft, da es sich um die Anwendung des §. 701 C.P.O. handelt, zweifellos eine sofortige Beschwerde, die Notfrist für deren Erhebung begann also mit der Zustellung des angefochtenen Gerichtsbeschlusses. Die Form der Zustellung von Beschlüssen wird durch §. 294 C.P.O. dahin geregelt, daß, wenn wie vorliegend der betreffende Beschluß nicht auf Grund einer mündlichen Verhandlnng ergangen und darum zu verkünden war, die Zustellung von Amts wegen einzutreten hat. Eine solche Zustellung, nämlich die unmittelbar vom Gerichte ausgehende Einhändigung einer Ausfertigung des betreffenden Gerichtsbeschlusses an die Parteien, hat aber im gegenwärtigen Falle nicht stattgefunden. Die seitens einer Partei erfolgte Zustellung des Beschlusses an die Gegenpartei ist keine Zustellung im Sinne des Gesetzes. Sie kann nach den bei Notfristen in Betracht kommenden Grundsätzen die amtliche Zustellung ebensowenig ersetzen, als bezüglich der Urteile an Stelle der Zustellung auf Betreiben der Parteien diejenige von Amts wegen gesetzt werden dürfte.

Hiernach ist der Beschwerdeführer mit seiner gegen den amtsgerichtlichen Beschluß vom 2. Sept. 1880 erhobenen und am 24. dess. M. bei dem Landgerichte eingelegten Beschwerde nicht präkludiert gewesen, der angefochtene Beschluß des Oberlandesgerichts, welcher auf Grund der Annahme dieser Präklusion die weitere Beschwerde als unzulässig verworfen hat, war somit aufzuheben und die Sache an das Oberlandesgericht zur weiteren Entscheidung zurückzuweisen."

## 105. Kann im Urkundenprozesse nach dem Systeme der deutschen Civilprozeßordnung die dem Beklagten in mangelhafter Fassung zugestellte Wechselurkunde durch Produktion des vollständigen Originals in zweiter Instanz ergänzt werden, nachdem der Beklagte den Mangel in erster Instanz gerügt hat?

V. Civilsenat. Urt. v. 8. Dezember 1880 i. S. P. (Kl.) w. K. (Bekl.) Rep. V. 537/80.

I. Landgericht Beuthen i. O.-Schl.
II. Oberlandesgericht Breslau.

Die Klägerin — angeblich durch Blanko-Giro legitimiert — fordert aus dem Wechsel vom 20. Mai 1880 über 3000 Mark im Urkunden- und Wechselprozesse Zahlung von der Beklagten, als Acceptantin. Die letztere — das Accept nicht anerkennend — hält den Urkunden- und Wechselprozeß nicht für zulässig, weil in der ihr, mit der Klage zugestellten Abschrift des Wechsels und Protestes das Giro, auf welches die Klägerin ihre Legitimation aus dem Wechsel gründet, fehlt. Sie hat daher die Abweisung der Klägerin in der gewählten Prozeßart beantragt.

Die Klägerin hat widersprochen.

Daß in erster Instanz der Original-Wechsel vorgelegt worden, ergiebt das Sitzungsprotokoll nicht. Die Klägerin ist aber — dem Antrage der Beklagten gemäß — mit ihrem Anspruche abgewiesen worden.

In zweiter Instanz ist — auf die Berufung der Klägerin — dieses Erkenntnis mit der Maßgabe bestätigt: daß die Klage, als im Urkundenprozesse zur Zeit unstatthaft, zurückzuweisen. Das Sitzungsprotokoll enthält den Vermerk, daß der Vertreter der Klägerin den Klagewechsel und Protest mit seinen Handakten überreichte.

Gegen diese Entscheidung hat die Klägerin die Revision mit dem Antrage eingelegt: das Urteil zweiter Instanz aufzuheben und unter Abänderung des Urteils erster Instanz nach dem Klagantrage zu erkennen.

Die Beklagte hat widersprochen, und das Reichsgericht hat die Revision zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

„Die Civilprozeßordnung hat den Urkunden- und Wechselprozeß nicht in Ansehung des äußeren Verfahrens, sondern in Betracht der Liquidstellung der Ansprüche für Klage und Einrede von dem ordentlichen Prozesse unterschieden, indem sie denselben nur gestattet, wenn der Anspruch auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme oder Leistung einer vertretbaren Sache gerichtet ist, und wenn sämtliche zur Begründung des Anspruches erforderlichen Thatsachen durch Urkunden bewiesen werden können (§. 555). In gleicher Weise ist das Einrederecht durch die sofortige Liquidstellung durch Urkunden und Eideszuschiebung begrenzt (§§. 558. 561). Mit dieser prozessualen Pflicht der Liquidstellung steht auch in Beziehung das Verfahren bei Mitteilung der Urkunden an die Gegenpartei. Während bei dem gewöhnlichen Prozeßverfahren die Antretung des Beweises durch Vorlegung der Urkunden (Produktion) — nach dem Grundsatze der Mündlichkeit und der Beweisverbindung — in der mündlichen Verhandlung erfolgt (§§. 385. 119. 251 flg. 255. 320. 399 C.P.O.) und die instruktionelle Vorschrift des §. 122 a. a. O., wonach dem vorbereitenden Schriftsatze die in Bezug genommenen Urkunden, nach Wahl der Partei, in Urschrift oder in Abschrift beigefügt und dem Gegner mitzugestellt werden sollen (§§. 155. 156. 173 a. a. O.), nur den Zweck hat, dem Gegner vorbereitende Gelegenheit zur Erklärung und zu dem Antrage auf Niederlegung der Urkunden auf der Gerichtsschreiberei zu geben (§. 125 a. a. O.), schreibt — in Würdigung des unterschiedlichen Zweckes der Urkunden für den Urkunden- und Wechselprozeß — der §. 556 Abs. 2 a. a. O. vor, daß die Urkunden, welche zur Begründung des Klaganspruches dienen, in Urschrift oder in Abschrift der Klage beigefügt werden müssen. Die Existenz der Urkunden ist daher im Urkundenstreite — und durch die Wahl dieser Prozeßart unterwirft der Kläger sich dieser eigenartigen Einschränkung — Bedingung des klägerischen Prozeßrechtes und die Beifügung der Urkunden und die Mitteilung derselben an den Gegner dergestalt obligatorisch, daß eine Nachbringung der Urkunden in dem Prozesse — wenigstens wenn der Mangel gerügt (§. 267) — unzulässig und der Urkundenprozeß daher — beim Mangel jener Voraussetzung — unstatthaft erscheint. Struckmann und Koch, Civilprozeßordnung 2. Aufl. S. 479, 482; Endemann, Civilprozeßordnung I. S. 539, 540; Petersen, Civilprozeßordnung II. S. 447; Hellmann, Civil-

prozeßordnung II. S. 511; v. Sarwey, Civilprozeßordnung II. S. 8; v. Wilmowski und Levy, Civilprozeßordnung S. 432.

Nun stellt der Berufungsrichter fest, daß die Klägerin zwar der Urschrift ihres vorbereitenden Schriftsatzes eine vollständige Abschrift des Klagewechsels und des Protestes — also einschließlich des auf dem Wechsel befindlichen, die Klägerin als Inhaberin legitimierenden Blanko-Giro — beigefügt hat, daß aber in der Abschrift des Wechsels und des Protestes, welche der Beklagten mit der Abschrift der vorbereitenden Klageschrift zugestellt worden ist, jenes Blanko-Giro des Ausstellers gefehlt hat. Und es muß dem Berufungsrichter darin beigetreten werden, daß diese Beurkundung eine mangelhafte war und nicht geeignet ist, den Anspruch der Klägerin zum Urkundenprozesse zu qualifizieren. Denn nach §. 555 a. a. O. müssen für diese Prozeßart alle zur Begründung des Klageanspruches erforderlichen Thatsachen durch Urkunden erwiesen werden, daher auch alle nebensächlichen Elemente, nicht bloß der Hauptanspruch, und somit insbesondere auch die Sachlegitimation der Klägerin, d. h. die Berechtigung der Klägerin zur Geltendmachung des erhobenen Anspruches. Die der Beklagten mit der Klage zugestellte Abschrift des Wechsels ergiebt — beim Mangel des Blanko-Giros — aber keinen urkundlichen Beweis für die Legitimation der Klägerin, als Inhaberin der Wechselforderung, und ein Urkundenbeweis ist daher nach dieser Richtung hin überhaupt nicht angetreten und nicht geführt (§. 560 a. a. O.). Die Pflicht zu dieser urkundlichen Liquidstellung war aber — abweichend von dem ordentlichen Prozeßverfahren — im Urkundenstreite schon zur Zeit der Klageerhebung, d. i. in dem Zeitpunkte der Zustellung des vorbereitenden Klageschriftsatzes an die Beklagte (§§. 230. 560 a. a. O.), vorhanden, und ob sie erfüllt ist, das läßt sich nur prüfen und beurteilen nach dem Inhalte der, der Beklagten — zum Zweck der Klageerhebung — zugestellten beglaubigten Abschrift des Schriftsatzes, nicht nach dem Inhalte der, der Beklagten nicht zugänglich gemachten Urschrift des Schriftsatzes (§§. 152. 153. 155. 156 a. a. O.). Eine Ergänzung dieses mangelhaft, d. h. bei Erhebung der Klage durch Zustellung an die Beklagte nicht urkundlich erbrachten Beweises durch Produktion der vollständigen Originalurkunde in dem Termine zur mündlichen Verhandlung der Berufungsinstanz ist — es kann

dahin gestellt bleiben, ob überhaupt, aber jedenfalls unzulässig, nachdem — wie feststeht — die Beklagte den Mangel der Beurkundung schon in erster Instanz gerügt hat (§. 267 a. a. O.).

Hiernach hat der Berufungsrichter die angezogenen gesetzlichen Vorschriften nicht verletzt. Es war daher die Revision als unbegründet zurückzuweisen."

---

## 106. Können Ansprüche aus Vermächtnissen gegen den Erben des Beschwerten im Gerichtsstande der Erbschaft eingeklagt werden? §. 28 Abs. 1 C.P.O.

II. Civilsenat. Urt. v. 15. Oktober 1880 i. S. v. P. (Bekl.) w. Stadtgemeinde D. (Kl.) Rep. II. 216/80.

I. Landgericht Dresden.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Die verw. v. B. wohnte in Dresden und verstarb dort im Jahre 1853. Ihrem Erben v. R. hatte sie letztwillig auferlegt, darauf Bedacht zu nehmen, daß eine gewisse Geldsumme „bei seinem Ableben innerhalb 6 Monaten" an die Dresdener Armenversorgungsbehörde zur Errichtung einer milden Stiftung ausgezahlt werde. Nachdem auch der Erbe an seinem Wohnsitze, zu P. in Preußen, verstorben war, erhob die Stadtgemeinde Dresden gegen dessen in Wiesbaden wohnhafte Erbin bei dem Landgerichte zu Dresden Klage auf Bezahlung des Stiftungskapitales. Die Beklagte bestritt die Zuständigkeit des Prozeßgerichtes, namentlich deshalb, weil §. 28 Abs. 1 C.P.O. sich nur auf Klagen gegen den beschwerten Erben beziehe, nicht auf Klagen gegen Erbnachfolger desselben. Ihre Einrede wurde in allen Instanzen zurückgewiesen, vom Reichsgericht aus folgenden

Gründen:

„Die C.P.O. hat für Klagen, welche Ansprüche aus Vermächtnissen betreffen, den Gerichtsstand der Erbschaft schlechthin zugelassen, ohne Bestimmung der Person des Beklagten. Nur der Grund und der Gegenstand der Klage entscheidet. Demnach hat jeder, der auf Grund letztwilliger Verfügung wegen Gewährung eines Vermächtnisses

angesprochen wird, es mag nun der Beschwerte selbst oder der Erbe des Beschwerten sein, in dem letzten allgemeinen Gerichtsstande der Person Recht zu geben, von welcher die den Klagegrund ausmachende Verfügung herrührt. Die Erben des Beschwerten treten ganz an dessen Stelle, müssen sich daher dem Gerichtsstande unterwerfen, dem hinsichtlich des gleichen Anspruches der Beschwerte unterworfen gewesen wäre. Ohnehin fragt es sich — was indessen zur Zeit unentschieden bleiben kann — ob nicht eben die Erben des v. R. als die mit dem vorliegenden Vermächtnisse eigentlich Beschwerten zu gelten hätten." ...

---

**107. 1. Inwieweit sind die zur Begründung des Gerichtsstandes nötigen Thatsachen von dem Kläger zu beweisen?**

**2. Wird der Gerichtsstand des Vermögens (§. 24 C.P.O.) durch eine Forderung des Beklagten begründet, welche nicht vorhanden sein kann, wenn die Klagansprüche bestehen?**

**3. „Streitige Verpflichtung" im Sinne des §. 29 der C.P.O. bei Klagen auf Entschädigung wegen Nichterfüllung eines Vertrages.**

II. Civilsenat. Urt. v. 25. Januar 1881 i. S. J. (Bekl.) w. H. (Kl.) Rep. II. 382/80.

I. Landgericht Leipzig.
II. Oberlandesgericht Dresden.

Ein Leipziger Kaufmann hatte von einem ungarischen Kaufmann Wein geliefert erhalten, denselben zunächst auf eigene Fässer umgefüllt, später erst geprüft und sodann wegen der dabei entdeckten Mängel dem Verkäufer zur Verfügung gestellt. Der Wein wurde jedoch nicht zurückgenommen. Nunmehr klagte der Käufer gegen den Verkäufer bei dem Landgerichte Leipzig auf Ersatz dessen, was er an Fracht, Zoll und Rollgeld für den Wein ausgelegt hatte, ferner auf Lagergeld und auf eine Vergütung für den zur Erhaltung der Ware aufgewendeten Füllwein. Die Zuständigkeit des Prozeßgerichts suchte er aus §. 24 C.P.O. abzuleiten. Der Beklagte bestritt die Zuständigkeit, nicht minder die Rechtzeitigkeit der Mängelanzeige, verweigerte indessen die Verhandlung zur Hauptsache. In zweiter Instanz wurde die Einrede verworfen.

In den Urteilsgründen heißt es: „Vermögen unter dem Prozeßgerichte habe der Beklagte jedenfalls, gleichviel ob seine Sachdarstellung oder die des Klägers in Wahrheit beruhe. Letzteren Falles nämlich würde ihm der Wein oder eine Forderung auf Ausantwortung des Weines, ersteren Falles dagegen eine Forderung auf den Kaufpreis zustehen. Einer Erörterung des zur Hauptsache streitigen Parteivorbringens bedürfe es daher nicht."

Das Reichsgericht hob dieses Urteil auf aus folgenden

Gründen:

„Wenn §. 24 C.P.O. verstattet, vermögensrechtliche Ansprüche gegen Personen, welche im Deutschen Reiche keinen Wohnsitz haben, vor dem Gerichte einzuklagen, in dessen Bezirke sich Vermögen derselben befindet, so ist eben dieser Umstand, das Vorhandensein von Vermögen des Beklagten im Gerichtssprengel, wesentliche Vorbedingung für die Zuständigkeit des angerufenen Gerichtes, also wie jede andere, die Zuständigkeit bestimmende Thatsache, wenn nötig, vom Kläger zu erweisen. Eine solche Beweisführung fällt auch gegenwärtig dem Kläger zu, wenn er die Zuständigkeit des Prozeßrichters aus §. 24 C.P.O. ableiten will. Der Beklagte hat die Zuständigkeit bestritten und sie ergiebt sich nicht bereits aus dem Zwecke und Inhalte der Klage. In einigen Fällen entscheidet allerdings schon die Eigenschaft und die Begründung der Klage über den Gerichtsstand. So ist beispielsweise die auf Erfüllung eines Vertrages gerichtete Klage vor dem Gerichte des Orts zuzulassen, an welchem nach dem Anführen des Klägers der Vertrag zu erfüllen wäre, sollten auch die Unterlagen der Klagbitte noch unerwiesen sein.[1] Anders verhält es sich mit dem in §. 24 C.P.O. geregelten Gerichtsstande. Für diesen ist die Beschaffenheit der Klage nicht allein maßgebend, sondern es müssen noch andere, zur Klagebegründung an sich nicht erforderliche Thatsachen hinzutreten und dieselben müssen bewiesen werden, ehe es zur eigentlichen Streitverhandlung kommen kann. Eine derartige Thatsache ist das Vorfinden von Vermögen des Beklagten im Gerichtsbezirke.

In dem vorliegenden Rechtsstreite wird nun aber der Kläger von seiner Beweispflicht dadurch nicht befreit, daß dem Beklagten sowohl

[1] Wetzell, Syst. d. ord. Civ.-Proz. §. 70 S. 943 der 3. Aufl. Leyser, med. ad Pand. spec. 73 m. 2. D. E.

nach dem noch bestrittenen Klagevorbringen, als nach seinen eigenen Angaben der Besitz von Vermögen in der Stadt Leipzig zuzuschreiben wäre. Die Sachdarstellung des Beklagten hätte vielleicht bei der Beurteilung der Zuständigkeitseinrede gegen ihn benutzt werden können, wenn sich daraus keine weiteren Folgen zum Nachteile des Klägers ergäben. Das ist indessen nicht der Fall. Was der Beklagte zur Hauptsache anführt, verträgt sich schlechthin nicht mit der Aufrechthaltung der Klage, kann also nicht den Gerichtsstand für diese Klage begründen. Denn bestände der Vermögensbesitz des Beklagten aus der Kaufpreisforderung für den Wein, dann würde die Sache so liegen, daß der Kläger den Wein (sei es seiner Fehlerfreiheit wegen, sei es wegen verspäteter Mängelanzeige) als vertragsmäßige Ware anerkennen müßte; und alsdann wäre er natürlich nicht befugt, dem Beklagten die jetzt eingeklagten Ersatzleistungen abzufordern, welche den gegenteiligen Sachverhalt, die Vertragswidrigkeit und die rechtzeitige Bemängelung der Ware, zur Voraussetzung haben. Der Kläger gerät demnach in einen unlösbaren Widerspruch, insofern er einerseits, um die Klage zu begründen, das Recht zur Zurückweisung der Ware, andererseits, um die Zuständigkeitseinrede zu entkräften, eine Forderung des Beklagten für sich geltend macht, vermöge deren er zur Annahme und Bezahlung der Ware verpflichtet sein würde. Das erscheint offenbar unstatthaft. Denkbar ist nur einer von beiden Rechtszuständen; und gerade deshalb können die prozessualen Vorteile, welche der eine bieten würde, dem Kläger nicht für Ansprüche zu statten kommen, die er dem anderen Rechtszustande entnimmt. Sonach durfte nicht unerörtert bleiben, welche von den einander entgegenlaufenden Parteibehauptungen der Wahrheit entspricht. Vielmehr kommt es darauf an, daß der Kläger seine Behauptungen darthut, wenn er die erhobenen Ansprüche gemäß §. 24 C.P.O. vor dem Landgerichte Leipzig zu verfolgen gedenkt.[1]

Allerdings werden hierbei die nämlichen That- und Rechtsfragen auszutragen sein, auf deren Beantwortung die Entscheidung der Hauptsache mit beruht. Diese Erwägung führt indessen noch keineswegs dahin, dem Kläger die Widerlegung der Zuständigkeitseinrede völlig abzuschneiden. Prozeßhindernde Einreden hängen nicht selten mit der Hauptsache dergestalt zusammen, daß behufs der Entscheidung über die Ein-

[1] Vergl. Entsch. des R.O.H.G.'s Bd. 16 Nr. 65 S. 266 flg. D. E.

rede eine Feststellung des hauptsächlichen Streitstoffes sich nicht umgehen läßt. In dergleichen Fällen darf die Verhandlung über die Einrede zum Schaden des Klägers nicht etwa um deswillen unterbleiben, weil damit dem Beklagten das Recht, auf Grund der Einrede die Verhandlung zur Hauptsache zu verweigern (§. 248 Abs. 1 C.P.O.), entzogen würde. Die Verhandlung über die Einrede ist demunerachtet nicht als eine Verhandlung über die Hauptsache anzusehen; und das über die Einrede gefällte Urteil entscheidet noch nicht die Hauptsache, mag immerhin die Verwerfung der Einrede schon zum voraus erkennbar machen, wie der Rechtsstreit in der Hauptsache endigen wird. Im gegenwärtigen Prozesse würde übrigens die Verhandlung der Einrede den Streitstand zur Hauptsache nicht einmal erschöpfen. Neben der Fehlerhaftigkeit und Bemängelung der Ware ist auch noch der ebenfalls streitige Betrag der Klaganspräche festzustellen; und lediglich eine den Betrag angehende Verhandlung hätte der Beklagte gemäß §. 248 C.P.O. einstweilen verweigern können.

Das Berufungsurteil verletzt demnach die Bestimmungen des §. 24 C.P.O., indem es dieselben hier anwendet, wo es vor der Hand noch an der Ermittelung des die Anwendung bedingenden Sachstandes gebricht. Die hierdurch gebotene Aufhebung des angefochtenen Erkenntnisses ist mit einer Entscheidung in der Sache selbst nicht zu verbinden gewesen. Insbesondere konnte von einem Zurückgehen auf den Richterspruch erster Instanz, welcher die fragliche Ermittelung aus unzutreffenden Gründen beanstandet, nicht die Rede sein. Vielmehr war die Sache mangels der für die endgültige Aburteilung der Zuständigkeitseinrede nötigen Unterlagen zur nochmaligen Verhandlung und Entscheidung an die vorige Instanz zurückzuverweisen.

Die erwähnte Gesetzesverletzung würde nach §. 526 C.P.O. nicht in Betracht kommen, wenn die Entscheidung selbst aus dem Grunde als richtig sich darstellte, weil der Beklagte in dieser Sache dem Landgerichte Leipzig gemäß §. 29 C.P.O. unterworfen wäre. Das ist jedoch nicht anzunehmen, mindestens bis auf weiteres nicht. Vor allem fragt es sich, ob hier überhaupt eine der in §. 29 aufgeführten Klagen vorliegt. Die gegenwärtige Klage könnte höchstens den „Klagen auf Entschädigung wegen Nichterfüllung oder nicht gehöriger Erfüllung eines Vertrags" beigezählt werden, insofern etwa, als die ungenügende Erfüllung der den Beklagten treffenden Vertragspflichten die Ursache der

Aufwendungen und Mühwaltungen bildet, deren Vergütung der Kläger beansprucht. Bei dieser Auffassung aber würde als der für die Zuständigkeit des Gerichts maßgebende Erfüllungsort im Zweifel nicht die Handelsniederlassung des Klägers, sondern die des Beklagten zu gelten haben. Das Gesetz erklärt für drei Klassen von Klagen als zuständig „das Gericht des Orts, wo die streitige Verpflichtung zu erfüllen ist"; und unter „streitiger Verpflichtung" kann bei den an dritter Stelle erwähnten Entschädigungsklagen nichts anderes verstanden werden, als bei den an erster und zweiter Stelle genannten Klagen (auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Vertrages, auf Erfüllung oder Aufhebung eines solchen). Gemeint ist in allen drei Fällen der Vertrag, um den es sich handelt. Der Schlußsatz des §. 29 lautete auch im Gesetzentwurfe dahin: „wo der Vertrag von dem Beklagten zu erfüllen ist". Bei den Kommissionsberatungen (Protok. S. 10 flg. und 508) wurden nur die Worte „von dem Beklagten" gestrichen und die Worte „der Vertrag" mit den Worten „streitige Verpflichtung" vertauscht, ohne daß zu ersehen wäre, welche Erwägungen die letztere Abänderung veranlaßt haben. Gegenwärtigen Falles würde mithin als die streitige Verpflichtung nicht etwa die Obliegenheit zu der eingeklagten Gelderſatzleistung, vielmehr diejenige Vertragspflicht anzusehen sein, für deren Nichterfüllung der Kläger Ersatz begehrt: die Pflicht des Beklagten zur Lieferung vertragsmäßiger Ware; und diese Pflicht hatte er am Orte seiner Handelsniederlassung zu erfüllen (Artt. 324. 342 H.G.B.), dafern nicht aus besonderen Umständen hervorging, daß nach der Absicht der Vertragschließenden in Leipzig erfüllt werden sollte. Derartige Umstände hat der Kläger bisher nicht angeführt. Sie künftig noch geltend zu machen, ist ihm selbstverständlich unbenommen." ...

---

## 108. Findet der §. 23 C.P.O. Anwendung, wenn eine Versicherungs-Gesellschaft auf Gegenseitigkeit gegen einen bei ihr Versicherten auf Zahlung der Prämie klagt?

I. Civilsenat. Urt. v. 29. Jan. 1881 i. S. H. (Bekl.) w. die Lebens-2c Vers.-Gesellschaft P. (Kl.) Rep. I. 878/80.

I. Landgericht Berlin.
II. Kammergericht daselbst.

Die Klägerin ist eine Lebensversicherungsgesellschaft auf Gegenseitigkeit. Beklagter hat nach Inhalt der vorgelegten Police vom 23. Januar 1873 sein Leben bei der Klägerin unter den Bedingungen des Statuts und des Geschäftsplans mit 5000 Thalern versichert und eine jährliche Prämie in vierteljährlichen Raten zu zahlen versprochen. Nachdem Beklagter bereits fünf volle Jahresprämien für die Versicherung entrichtet hatte, erhielt er auf Grund des §. 38 lit. d der Statuten und §. 14 des Geschäftsplanes von der Gesellschaft am 18. Februar 1878 ein zu 5% verzinsliches Darlehn von 1650 M., verpfändete dafür der Gesellschaft seine Police und verpflichtete sich, seine Versicherung, so lange er das Darlehn an die Gesellschaft nicht zurückgezahlt habe, durch pünktliche Prämienzahlung aufrecht zu erhalten, widrigenfalls die Gesellschaft berechtigt sein sollte, die fälligen Prämien einzuklagen. Die Gesellschaft hat das Kapital gekündigt und eingeklagt, und Beklagter hat das Darlehn am 31. Dezember 1879 zurückgezahlt. Im vorliegenden Prozesse hat die Klägerin die vom Beklagten für den Zeitraum vom 1. April 1878 bis 31. Dezember 1879 nicht gezahlten Prämien mit Zinsen eingeklagt und zwar nicht im allgemeinen Gerichtsstande des Beklagten, sondern auf Grund des §. 23 der Civilprozeßordnung bei dem Landgericht Berlin als dem allgemeinen Gerichtsstande der klagenden Gesellschaft. Der Beklagte hat die prozeßhindernde Einrede der Unzuständigkeit erhoben, da der §. 23 auf Klagen, mit welchen die Gesellschaft Prämien gegen die bei ihr Versicherten einklage, nicht Anwendung leide. Die Gerichte erster und zweiter Instanz haben auf Verwerfung der Einrede der Unzuständigkeit erkannt. Das Reichsgericht hat die Revision des Beklagten zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

„Der §. 23 C.P.O. bestimmt, daß das Gericht, bei welchem Gesellschaften den allgemeinen Gerichtsstand haben, für die Klagen zuständig sei, welche von denselben gegen ihre Mitglieder als solche erhoben werden. Es ist unbestritten, daß der Beklagte dadurch, daß er sein Leben bei der klagenden Gesellschaft versicherte, Mitglied derselben wurde und so lange blieb, als die Versicherung dauerte. Die Klägerin durfte daher die ihr gegen den Beklagten als Mitglied der Gesellschaft zustehenden Ansprüche im allgemeinen Gerichtsstande der Gesellschaft geltend machen. Zu diesen Ansprüchen ist auch derjenige auf Zahlung der Prämie, soweit ein Klagerecht darauf besteht, zu rechnen. Es ist

zwar die Ansicht geltend gemacht worden, daß der auf den einzelnen Versicherungsvertrag gegründete Anspruch auf Zahlung der Prämie nicht zu den der Gegenseitigkeitsgesellschaft gegen eines ihrer Mitglieder als solches zustehenden Ansprüchen gehöre, sondern ein der Gesellschaft gegen ihren Gegenkontrahenten zustehender, von dem einer Lebensversicherungs-Aktiengesellschaft gegen einen bei ihr Versicherten zustehendem Anspruche nicht verschiedener Anspruch sei. Von dem Beklagten wird namentlich geltend gemacht, daß nicht die aus dem Versicherungsvertrage, durch welchen erst die Mitgliedschaft begründet werde, folgenden Verpflichtungen, sondern nur die nach dieser Begründung der Mitgliedschaft aus dem Gesellschaftsvertrage (dem Statut) folgenden Pflichten, z. B. die zu Nachschußzahlungen, unter §. 23 a. a. O. fallen. Diese Unterscheidung ist aber von dem Berufungsgericht mit Recht verworfen; sie führt zu einer sachwidrigen Zerreißung eines einheitlichen Rechtsverhältnisses. Der bei einer Gegenseitigkeitsgesellschaft Versicherte ist nicht bezüglich seiner Versicherung ein der Gesellschaft gegenüberstehender Dritter; er schließt nicht mit der Gesellschaft zwei Verträge, einen Versicherungsvertrag und einen zweiten Vertrag über seinen Beitritt zur Gesellschaft ab, sondern nur einen Vertrag, welcher den Versicherungsvertrag und den Beitritt zur Gesellschaft nach dem Statut in sich vereinigt. Die Prämienzahlung beruht nicht auf einer, der Mitgliedschaft fremden Verpflichtung; die Prämie ist zugleich die bei dem durch die Versicherung erfolgenden Eintritt in die Gesellschaft vorläufig, unter Vorbehalt der Nachzahlung oder teilweisen Rückzahlung je nach dem Jahresschlusse, berechnete Einlage des Gesellschafters in die Gesellschaft, nach deren Betrage seine Rechte und Pflichten als Teilhaber der Gesellschaft bemessen werden; die Klage auf Zahlung der Prämie ist also eine auf Grund des Gesellschaftsvertrages von der Gesellschaft gegen das Mitglied als solches gerichtete Klage.

Zwar wird die Klage nicht auf den Versicherungsvertrag allein gegründet; vielmehr bildet das am 18. Februar 1878 getroffene Übereinkommen über die Hingabe eines Darlehns unter der Verpflichtung, bis zur Rückzahlung des Darlehns die Versicherung durch pünktliche Zahlung der Prämie aufrecht zu erhalten, einen wesentlichen Teil des Klagegrundes. Dies ist aber auf die Anwendbarkeit des §. 23 a. a. O. ohne Einfluß. Der Beklagte hat nicht als ein der Gesellschaft Fremder das Darlehn erhalten, sondern als Mitglied der Gesellschaft in

Gemäßheit der Statuten und des Geschäftsplanes; die bei Hingabe des Darlehns dem Beklagten zur Pflicht gemachte Zahlung der Prämie bis zur Zurückzahlung des Darlehns enthält also nur eine dem Socius als solchen obliegende Pflicht, welche sich an die durch die Police übernommenen Verpflichtungen anschließt.

Endlich ist es auch auf die Entscheidung ohne Einfluß, daß Beklagter seit der am 31. Dezember 1879 erfolgten Rückzahlung des Darlehns nach §. 7 des Geschäftsplans durch Nichtzahlung der Prämien und folgeweise Erlöschen der Versicherung aufgehört hat, Mitglied der Gesellschaft zu sein, die Klage aber erst Ende Mai 1880, also zu einer Zeit, wo Beklagter nicht mehr Mitglied war, erhoben worden ist. Denn der §. 23 setzt nicht voraus, daß der Beklagte zur Zeit der Erhebung der Klage noch Mitglied ist, sondern nur, daß die Mitgliedschaft der Grund des Klageanspruches der Gesellschaft gegen den Beklagten ist."

---

## 109. Begriff und Tragweite der Bestimmung in §. 513 Z. 7 C.P.O., daß es einen Revisionsgrund bildet, wenn die Entscheidung nicht mit Gründen versehen ist.

II. Civilsenat. Urt. v. 3. Dezember 1880 i. S. H. (Kl.) w. Aktiengesellschaft G. (Bekl.) Rep. II. 278/80.

I. Landgericht Düsseldorf.
II. Oberlandesgericht Köln.

In der Gußstahlfabrik der Aktiengesellschaft G. wurde der Arbeiter H. dadurch beschädigt, daß bei Eintreiben eines stählernen Keiles ein Splitter sich loslöste und ihm ins Auge flog. Er erhob Entschädigungsklage gegen die Gesellschaft, welche in erster Instanz zugesprochen, in zweiter abgewiesen wurde. Das letztere Urteil wurde aufgehoben aus folgenden

Gründen:

„Die Klage war auf zwei Behauptungen gestützt, nämlich:

1) daß das Material des Keils schlecht und hierdurch das Abspringen des Splitters verursacht worden sei, und

2) daß keine brauchbaren Schutzbrillen beschafft gewesen, be-

ziehungsweise Kläger nicht veranlaßt worden sei, solche zu benutzen. Jede dieser beiden Behauptungen sollte geeignet sein, die Haftpflicht des Beklagten zu begründen.

Der erste Richter erklärte die erste Behauptung, ohne die beiderseits erbotenen Beweise zu beachten, für unerheblich, erkannte jedoch auf Grund der zweiten Behauptung die Entschädigungspflicht der Beklagten an.

Im Thatbestande des Urteils zweiter Instanz ist zunächst mitgeteilt, was in beiden bezeichneten Richtungen bei der Verhandlung erster Instanz vorgebracht worden sei und sodann betreffs der Verhandlung vor dem Berufungsrichter weiter bemerkt: „Beide Parteien haben ihre früheren Behauptungen wiederholt und auf die deshalb erbotenen Beweise Bezug genommen und nur neue Zeugen namhaft gemacht ꝛc."

Hiernach darf nicht bezweifelt werden, daß auch in der Berufungsinstanz die schlechte Beschaffenheit des Materials des Keils zur Begründung des Klaganspruches geltend gemacht wurde. Nichtsdestoweniger ist in den Entscheidungsgründen hierüber nichts gesagt, vielmehr einzig und allein die Frage erörtert, ob die Beklagte der Vorwurf treffe, die ihr betreffs Anschaffung und Verwendung von Schutzbrillen obliegenden Pflichten vernachlässigt zu haben.

Bei dieser Sachlage erscheint die Rüge des Mangels an Entscheidungsgründen (§. 513 Ziff. 7 C.P.O.) begründet.

Wenn das Gesetz Entscheidungsgründe verlangt (§. 284 Ziff. 4. §. 259 C.P.O.), so geschieht dies, teils um eine gewisse Garantie dafür zu schaffen, daß das Urteil ein Werk reiflicher Erwägung sei und alles, was die Parteien vorgebracht, gewürdigt werde, teils auch deshalb, weil nur aus den Entscheidungsgründen entnommen werden kann, ob und inwieweit die Entscheidung auf thatsächlichen oder rechtlichen Erwägungen beruhe, also der Revision zugänglich sei oder nicht.

Nach diesen Zwecken des Gesetzes ist klar, daß die Gründe über alle, nach Maßgabe des Parteivorbringens sich darbietenden Streitpunkte sich verbreiten müssen und zwar der Art, daß kein Zweifel bleibt, ob eine thatsächliche Feststellung vorliege oder die Entscheidung auf Rechtsgründen beruhe. Es ist dies insbesondere auch für Auslegung der Bestimmung in § 513 Ziff. 7 C.P.O. von Bedeutung, welche es als Revisionsfall bezeichnet: „wenn die Entscheidung nicht mit

Gründen versehen ist." Mit diesen Worten will das Gesetz nicht etwa bloß Fälle bezeichnen, wo über die durch Klage oder Widerklage geltend gemachten Ansprüche (§. 293 C.P.O.) ganz oder teilweise ohne Angabe von Gründen erkannt ist; vielmehr ist sein Sinn ein weiterer und begreift namentlich auch Fälle, wo selbständige Angriffs- und Verteidigungsmittel (Klagebehauptungen, Einreden, Repliken ꝛc) unberücksichtigt bleiben, ohne daß erkennbar wäre, ob dies absichtlich oder aus Versehen geschehen, und welche thatsächliche oder rechtliche Gründe den Richter dazu veranlaßten.

Es mag in dieser Beziehung nicht unerwähnt bleiben, daß die bayerische Prozeßordnung, aus deren Art. 388 Ziff. 4 besagte Worte (nach den Motiven) entlehnt sind, diese Fassung absichtlich wählte, um hiermit den vorbezeichneten Sinn auszudrücken.

Allerdings ist andererseits anzuerkennen, daß auf die bloße Form ein entscheidender Wert nicht zu legen ist, daß es vielmehr genügt, wenn aus der Gesamtheit der gegebenen Gründe sich mit Sicherheit folgern läßt, daß und warum der Richter einem Vorbringen bezeichneter Art Beachtung versagt habe; allein ein Fall letzterer Art liegt nicht vor, insbesondere ist kein Anlaß gegeben, anzunehmen, der Berufungsrichter habe sich der bezüglichen Begründung des ersten Richters anschließen wollen."

---

## 110. Wie ist der Wert des Streitgegenstandes zu bestimmen, wenn negatorisch wegen Störung des Eigentums geklagt wird?

C.P.O. §§. 2. 3. 4. 6. 7.

III. Civilsenat. Urt. v. 18. Januar 1881 i. S. B. u. D. (Kl.) w. C. (Bekl.) Rep. III. 657/80.

I. Landgericht Göttingen.
II. Oberlandesgericht Celle.

Der Beklagte hat durch die Grundstücke eines Teiles der Mitkläger einen Graben gezogen und Drainsröhren gelegt und vermittels der letzteren das Wasser von seinen Grundstücken auf die Grundstücke anderer Mitkläger geleitet. Wegen dieses unbefugten Eingriffes in ihr

Eigentum haben die Kläger bei dem Landgerichte zu Göttingen Klage erhoben mit dem Antrage, den Beklagten zu verurteilen, ihr Eigentum an den in der Klage bezeichneten Grundstücken anzuerkennen, die von ihm gemachte Röhrenleitung auf seine Kosten zu beseitigen, allen durch die Anlage wie das Abfließen des Wassers entstandenen Schaden salv. liq. zu ersetzen, auch dem Beklagten bei Strafe aufzugeben, sich künftig jedes Eingriffes in das Eigentum der Kläger zu enthalten. Die Kläger bemerkten in der bei der mündlichen Verhandlung wiederholten Klageschrift, der Beklagte werde das ihm bekannte Eigentum der Kläger an den fraglichen Grundstücken nicht bestreiten und boten für den Fall, daß dieses wider Erwarten doch geschehen sollte, Beweis für ihr Eigentum an. Den Wert des Streitgegenstandes gaben sie zu 2000 Mark an.

Der Beklagte erhob die Einrede der Unzuständigkeit des Gerichtes (§. 247 C.P.O.) und beantragte Abweisung der Klage, indem er geltend machte, er habe das Eigentum der Kläger an den in Rede stehenden Grundstücken niemals bestritten, bestreite dasselbe auch jetzt nicht; es betrage der Wert des Streitgegenstandes nicht 10 Mark, jedenfalls nicht 300 Mark.

Die Kläger waren dagegen der Ansicht, daß bei der von ihnen angestellten Eigentumsklage der Wert des Streitgegenstandes durch den Wert der Grundstücke bestimmt werde.

Das Landgericht zu Göttingen erkannte die Einrede für begründet und wies die Klage ab. Es legte in seinen Gründen auch darauf Gewicht, daß nach der unbestrittenen Angabe des Beklagten dieser das Eigentum der Kläger nicht in Abrede gestellt habe.

Das Oberlandesgericht verwarf die von den Klägern erhobene Berufung und ist die gegen diese Entscheidung von den Klägern eingelegte Revision als unbegründet zurückgewiesen.

Gründe:

„Der vom Revisionsbeklagten gegen die Zulässigkeit der Revision wegen Mangels der vorgeschriebenen Ladung erhobene Einwand ist unbegründet. Nach der in §. 515 Ziff. 3 C.P.O. enthaltenen Vorschrift, wonach die Revisionsschrift enthalten muß „die Ladung des Revisionsbeklagten vor das Revisionsgericht zur mündlichen Verhandlung über die Revision," muß zwar diese Ladung in dem Schriftsatz ausgedrückt sein, allein es ist nicht wesentlich, daß gerade die in §. 515 a. a. O. enthaltenen Worte gebraucht werden (vergl. Entsch. des Reichs-

gerichts in Civils. Bd. 2 S. 398). Wenn es nun in dem dem Beklagten zugestellten, die Einlegung der Revision enthaltenden Schriftsatze heißt: „Der Herr Präsident des Reichsgerichts, dritter Civilsenat, wird gebeten, Verhandlungstermin anberaumen zu wollen, der Gegner wird dazu geladen und aufgefordert, vertreten durch einen bei diesem hohen Gerichtshofe zugelassenen Anwalt in demselben zu erscheinen", so ist damit der Vorschrift in §. 515 Ziff. 3 a. a. O. zweifellos genügt.

Die Revision der Kläger ist aber nicht gerechtfertigt.

Mit Recht ist das Oberlandesgericht davon ausgegangen, daß für die Frage nach der Zuständigkeit des von den Klägern angegangenen Landgerichts auf die vom Beklagten in erster Instanz auf die Klage abgegebenen Erklärungen, gleichviel ob dieselben als unbestritten oder als bestritten gelten müssen, Gewicht nicht zu legen, daß vielmehr lediglich der Inhalt der dem Beklagten zugestellten Klaganträge maßgebend sei, weil nach §. 4 C.P.O. für die Berechnung des Wertes des Streitgegenstandes, soweit nach dem Gesetze über die Gerichtsverfassung die Zuständigkeit der Gerichte hiervon abhängt, der Zeitpunkt der Erhebung der Klage, welche durch Zustellung eines Schriftsatzes erfolgt (§. 230), entscheidend ist, und weil nach §. 235 Ziff. 2 C.P.O. die Zuständigkeit des Prozeßgerichtes durch eine Veränderung der sie begründenden Umstände, abgesehen von hier nicht vorliegenden Ausnahmen (§. 467 der C.P.O.), nicht berührt wird, somit namentlich darauf kein Gewicht gelegt werden kann, ob der Beklagte den erhobenen Anspruch teilweise eingeräumt hat und dadurch der Wert des Streitgegenstandes unter die für die Zuständigkeit des Landgerichts maßgebende Summe herabgemindert wird.

Dem Berufungsgerichte ist aber auch darin beizutreten, daß nach dem Inhalte der Klaganträge die Kläger keineswegs ihr Eigentum an den in denselben bezeichneten Grundstücken zum Gegenstande des Streites gemacht, sondern als die Rechtsverletzung, wegen welcher sie Klage erhoben, lediglich den Eingriff in ihr Eigentum bezeichnet haben, welcher vom Beklagten dadurch vorgenommen sein soll, daß er unbefugter Weise durch die Grundstücke eines Teiles der Mitkläger einen Graben gezogen und Drainsröhren gelegt und vermittels der letzteren das Wasser von seinen Grundstücken auf die Grundstücke anderer Mitkläger abgeleitet hat. Die Behauptung der Revisionskläger, es sei das Eigentum an den in den Klageanträgen bezeichneten Grundstücken in judicium deduziert,

findet in denselben keinen Anhalt. Die Klage stellt sich nach dem Rubrum, wie nach dem Inhalte der Klageschrift und nach dem Klageantrage zweifellos nicht als Vindikation, sondern als Negatorienklage dar, gerichtet auf Abwehr der durch den Beklagten vorgenommenen rechtswidrigen Eingriffe in das klägerische Eigentum, auf Wiederherstellung des früheren Zustandes der Grundstücke, auf Ersatz des durch die Röhrenleitung und das Abfließen des Wassers verursachten Schadens, salva liq., sowie auf Verbot fernerer Störungen des klägerischen Eigentumes. Das Eigentum der Kläger an den in der Klage aufgeführten Grundstücken bildet zwar den Rechtsgrund und eine wesentliche Voraussetzung der erhobenen Klage, nicht aber den Gegenstand des gegenwärtigen Rechtsstreites. Denn es ist nicht allein von den Klägern nicht behauptet, daß Beklagter ihr Eigentum an den in Rede stehenden Grundstücken bestritten habe oder selbst Eigentümer derselben zu sein behaupte und kraft dieses Rechtes zur Vornahme der in der Klage erwähnten, das Eigentum der Kläger störenden Handlungen sich befugt erachtet habe, sondern es ist ausdrücklich in der Klagschrift hervorgehoben, der Beklagte werde das ihm bekannte Eigentum der Kläger an den fraglichen Grundstücken nicht bestreiten und nur für den Fall, daß Beklagter wider Erwarten das Eigentum der Kläger bestreiten sollte, Beweis angeboten. Bei dieser Sachlage ist es zu billigen, wenn der Berufungsrichter weiter hervorhebt, daß seiner Auffassung nicht entgegenstehe, daß die Kläger in das Petitum der Klage zunächst den Antrag aufgenommen haben, den Beklagten schuldig zu erkennen, ihr Eigentum an den in der Klage bezeichneten Grundstücken anzuerkennen. Denn derselbe führt zutreffend aus, daß ein solcher Klageantrag da, wo der Negatorienkläger, wie im vorliegenden Falle, nach dem historischen Inhalte seiner Klage nicht die Zuständigkeit seines Eigentums, sondern nur die Freiheit desselben gegenüber einem bestimmten vorgekommenen Eingriffe zum Gegenstande des Streites machen wolle, als ein selbständiger Klaganspruch nicht zu betrachten sei und daß bei Beurteilung der Frage, was den Gegenstand des Streites bilde, nicht lediglich der Wortlaut des klägerischen Schlußantrages für sich allein entscheidend sei, sondern daß es vorzugsweise auch darauf ankomme, worüber nach dem Klagvortrage selbst gestritten werden solle. Die Handlungen, welche nach den Klaganträgen der Beklagte vorgenommen und durch welche er unbefugt in das Eigentum der Kläger eingegriffen haben soll, ohne jedoch den Besitz desselben den

Klägern zu entziehen, stellen sich äußerlich zwar als solche dar, zu deren Vornahme Beklagter sich als Eigentümer oder kraft eines servitutischen oder eines sonstigen Rechts befugt erachten konnte. Allein daraus folgt nicht, wie die Revisionskläger geltend machen, daß in Fällen der vorliegenden Art der Kläger, weil er nicht wissen könne, worauf Beklagter sich berufen werde, stets das Eigentum selbst zum Gegenstande des Streites machen und daher der Wert der Grundstücke selbst, in deren Eigentum eingegriffen sei, als Wert des Streitgegenstandes angesehen werden müsse.

Hieraus ergiebt sich, daß in Fällen der vorliegenden Art für die Ermittelung des Werts des Streitgegenstandes nicht der Wert der Sache selbst, welcher nach §. 6 C.P.O. entscheidend ist, wenn der Besitz der Sache den Gegenstand des Streites bildet, maßgebend sein kann, sondern daß von dem Richter, welcher insoweit nach dem Gesetze über die Gerichtsverfassung die Zuständigkeit der Gerichte von dem Werte des Streitgegenstandes abhängt, diesen in Gemäßheit des §. 3 C.P.O. nach freiem Ermessen, unter Beachtung der in den §. 4 flg. enthaltenen Vorschriften, festzusetzen hat, zu bestimmen ist, wie hoch das Interesse des Klägers auf Beseitigung des Eingriffs des Beklagten in sein Eigentum anzuschlagen sei. Dabei können allerdings die Vorschriften in §. 7 C.P.O. nicht direkt zur Anwendung kommen. Denn wenngleich dieselben nicht bloß für den Fall anwendbar sind, wenn mit der konfessorischen Klage eine Grunddienstbarkeit geltend gemacht wird, sondern auch auf die Fälle der negatorischen Klage, so setzt ihre Anwendung im letzteren Falle doch voraus, daß in den Klageanträgen hervortritt, daß die Freiheit des Eigentums von einer vom Beklagten beanspruchten Grunddienstbarkeit den Streitgegenstand bildet, da §. 7 eben nur für die Fälle Regeln aufstellen will, in denen es um das Bestehen oder das Nichtbestehen einer Grunddienstbarkeit sich handelt. Wird dagegen negatorisch wegen Störungen des Eigentums geklagt, welche nach dem Vortrage des Klägers in den Klaganträgen als Ausübung einer Servitut sich nicht darstellen, so ist der Wert des Streitgegenstandes nach freiem Ermessen zu bestimmen und es daher auch nicht zutreffend, wenn Revisionskläger behaupten, daß auch in diesen Fällen in Gemäßheit der Vorschriften in §. 7 a. a. O. der Betrag zu ermitteln sei, um welchen der Wert der klägerischen Grundstücke sich vermindern würde, wenn die von dem Beklagten in denselben gemachten Anlagen dauernd fortbeständen.

Ist hiernach der Berufungsrichter von richtigen Grundsätzen ausgegangen, so entzieht sich die auf thatsächlicher Feststellung beruhende Bestimmung des Werts des Streitobjekts der Nachprüfung und es war die Revision der Kläger zu verwerfen."

---

## 111. 1. Anfechtung einer vor Eröffnung des Konkurs-Verfahrens vollzogenen Arrest-Pfändung.
## 2. Zulässigkeit der Eides-Zuschiebung über die Handlung eines Dritten?

§§. 22. 23 Nr. 1 Abs. 2 u. Nr. 2. 28 Konk.-Ordn. §. 410 C.P.O.

II. Civilsenat. Urt. v. 7. Dezember 1880 i. S. Konkursmasse Th. (Kl.) w. Schl. & W. (Bekl.) Rep. II. 281/80.

I. Landgericht Elberfeld.
II. Oberlandesgericht Köln.

Die Beklagte erwirkte am 7. November 1879 bei dem kgl. Amtsgerichte zu E. gegen den Kaufmann Th. daselbst zur Sicherung einer Forderung von 10873 M. 20 Pf. nebst Zinsen einen Arrestbefehl, und ließ auf Grund desselben durch Gerichtsvollzieherakt vom 7. und 8. November 1879 in der Wohnung des Th. dessen Waren und Mobilien pfänden. Am 10. November wurde über das Vermögen des Th. der Konkurs eröffnet, und es erhob nun der Konkursverwalter Klage auf Aufhebung des Arrestes. Zur Begründung derselben wurde geltend gemacht, daß der Arrest eine unter §. 23 Nr. 2 K.O. fallende Rechtshandlung darstelle, da die Beklagte eine Sicherung durch Faustpfand, wie der Arrest sie gewähre, nicht zu beanspruchen gehabt habe, auch nicht den Nachweis liefere, daß ihr zur Zeit desselben die Zahlungseinstellung des Th. unbekannt gewesen, daß aber jedenfalls Nr. 1 des §. 23 K.O. hier Anwendung finden müsse, weil die Beklagte zu der angegebenen Zeit die Zahlungseinstellung gekannt habe, wie sich aus der vorgelegten Korrespondenz und den näher angeführten Thatsachen ergebe.

Die Vorinstanzen haben die Klage als nicht gerechtfertigt erachtet

und die gegen das zweite Urteil eingelegte Revision ist zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

„Zunächst kann aus der Bestimmung des §. 796 C.P.O. nicht, wie es die Revisionsklägerin versucht, ein Grund für die Unwirksamkeit des streitigen Arrestes hergeleitet werden. Der bezogene Paragraph spricht die Regel aus, daß der Arrest zur Sicherung der Zwangsvollstreckung in das bewegliche und unbewegliche Vermögen stattfindet, nicht mehr, wie nach früherem Rechte — Ges. vom 29. Mai 1868 §. 2 — auch zur Sicherung der Einleitung oder Fortsetzung des Prozeßverfahrens. Hierbei kommt es denn nicht darauf an, ob die Zwangsvollstreckung bereits eingeleitet ist, oder erst durch Erwirkung des Urteils erlangt werden soll, da auch während des Konkursverfahrens, wie das Oberlandesgericht zutreffend angenommen hat, über die Rechtmäßigkeit einer Forderung und des angelegten Arrestes eine gerichtliche Entscheidung herbeigeführt werden kann. Der §. 806 C.P.O. bestimmt ausdrücklich, daß, wenn bei Anlegung des Arrestes die Hauptsache nicht anhängig ist, das Arrestgericht auf Antrag anzuordnen hat, daß die Partei, von welcher der Arrestbefehl erwirkt worden, binnen einer zu bestimmenden Frist Klage zu erheben habe, und im Falle dieser Anordnung nicht Folge geleistet wird, die Aufhebung des Arrestes durch Endurteil auszusprechen sei. Damit erledigt sich der erste Angriff der Revisionsklägerin.

Was sodann die Anwendung der Nr. 2 des §. 23 der Konkursordnung auf den vorliegenden Fall betrifft, so ist bezüglich dieser Frage, welche den Gegenstand des zweiten Angriffes bildet, zwar der Entscheidung des Oberlandesgerichts, nicht aber den Gründen desselben zuzustimmen.

Der §. 23 der Konkursordnung, welcher die Anfechtung wegen Verletzung des Konkursanspruches der Gläubiger regelt, enthält drei verschiedene Vorschriften, von denen die beiden letzteren hier in Betracht kommen. In der Nr. 1 desselben, deren erster Satz die von dem Gemeinschuldner zum Nachteil der Konkursgläubiger eingegangenen Rechtsgeschäfte betrifft, werden im zweiten Satze die nach der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrage erfolgten Rechtshandlungen, welche einem Konkursgläubiger Sicherung oder Befriedigung gewähren, für anfechtbar erklärt, wenn dem Gläubiger zur Zeit, als die Handlung erfolgte, die Zahlungseinstellung oder der Eröffnungsantrag bekannt war.

Hierbei geht nun das Gesetz davon aus, daß der Gläubiger in dem gegebenen Falle auf die Befriedigung resp. Sicherung einen rechtlichen Anspruch hat, und es trifft dann die Nr. 2 diejenigen Rechtshandlungen, wo diese Voraussetzung fehlt und es sich um die Gewährung einer Befriedigung oder Sicherheit handelt, die der Gläubiger überhaupt nicht oder nicht in der Art oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen hatte. Diese Kategorie von Fällen ist in doppelter Richtung gesetzlich ausgezeichnet, zunächst dadurch, daß hier die Vermutung des Dolus eintritt, welcher gegenüber dem Gläubiger der Beweis seiner bona fides obliegt, und sodann, daß die kritische Zeit um die zehn Tage vor der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrage erweitert worden ist. Wenn es sich nun weiter aber fragt, welcher Kreis von Rechtshandlungen denn unter die bezogenen Gesetzesvorschriften falle, so kommt hier vor allem der §. 28 der Konkursordnung in Betracht, der in seinem zweiten Satze bestimmt, daß auch eine durch Zwangsvollstreckung oder Vollziehung eines Arrestes erwirkte Rechtshandlung angefochten werden kann.

Dem Gesetze liegt hierbei die Auffassung zu Grunde, daß auch Rechtshandlungen dieser Art auf den Gemeinschuldner zurückzuführen, daß die im Zwangswege durch den Gerichtsvollzieher oder das Gericht bewirkten Leistungen aus dem Vermögen des Schuldners als in dessen Stellvertretung bewirkt anzusehen sind, in dem Sinne, wie zufolge der §§. 716 und 720 C.P.O. die Wegnahme gepfändeten Geldes, der Empfang des Erlöses aus den Pfandobjekten durch den Gerichtsvollzieher als Zahlung von seiten des Schuldners gilt (vergl. §. 736 a. a. O.). Das Gesetz erachtet es principiell nicht gerechtfertigt, daß Rechtshandlungen, welche der Anfechtung unterliegen, wenn sie freiwillig vom Schuldner vorgenommen worden sind, um deswillen, weil sie durch gerichtliche Hilfe erzwungen worden, zum Nachteile der Konkursgläubiger der Anfechtung entzogen sein sollen. In diesem Sinne ist der Wille des Gesetzgebers namentlich auch dadurch zum klaren Ausdrucke gekommen, daß bei der Beratung in der Reichstagskommission (Protokolle S. 20—22) die Fassung des Entwurfes des §. 23 a. a. O. in Nr. 1: „die von ihm (dem Gemeinschuldner) an einen Konkursgläubiger vorgenommenen Leistungen", und in Nr. 2: „die .. vorgenommenen Rechtshandlungen des Gemeinschuldners" geändert und, um zu konstatieren, „daß unter §. 23 auch diejenige Sicherung und Befriedigung falle, welche der Schuldner nicht selbst vorgenommen habe, sondern welche

durch Vermittelung des Gerichts vollstreckt worden", die gegenwärtige Fassung an die Stelle gesetzt ist. Hiernach ist nun unbedenklich anzunehmen, daß die Vorschrift der Nr. 2 des §. 23 a. a. O. grundsätzlich auch auf einen Arrest der fraglichen Art Anwendung findet, und bedarf es keiner Hervorhebung, daß die gesetzliche Befugnis, einen solchen Arrest zu erwirken, nicht als ein Anspruch auf Sicherung im Sinne der bezogenen Vorschrift anzusehen ist.

Prüft man nun aber die Voraussetzungen derselben hier im einzelnen, so ist zunächst nur die Thatsache unbestritten, daß zwei Tage nach der Arrestanlegung, am 10. November vorigen Jahres, der Konkurs über das Vermögen des Gemeinschuldners Th. eröffnet worden ist. Daß ein Antrag auf Eröffnung des Verfahrens von einem früheren Datum vorliege, oder daß Thomas vor dem genannten Tage seine Zahlungen eingestellt habe, steht thatsächlich nicht fest. In der einen und anderen Beziehung ist indes, da es sich um eine Voraussetzung der Anfechtungsklage handelt, die Revisionsklägerin beweispflichtig, und hätte die Revisionsbeklagte ihrerseits nur den Entlastungsbeweis, daß sie von dem Eröffnungsantrage resp. der Zahlungseinstellung, sowie von der Begünstigungsabsicht des Gemeinschuldners keine Kenntnis gehabt, zu führen. Allerdings ist nun von der Revisionsklägerin unter Bezugnahme auf eine Reihe von Schriftstücken im Prozesse behauptet, daß eine frühere Zahlungseinstellung des Th. stattgefunden habe, und event. der Revisionsbeklagten ein Eid darüber zugeschoben, ob ihr nicht zur Zeit der Arrestanlage — 7. und 8. November vorigen Jahres — die Zahlungseinstellung des Th. bereits bekannt gewesen sei. Das Oberlandesgericht hat aber den Inhalt der fraglichen Schriftstücke für unerheblich erklärt und die Eideszuschiebung als unzulässig zurückgewiesen. Erstere Entscheidung unterliegt in der gegenwärtigen Instanz einer Prüfung nicht weiter, was aber die Eideszuschiebung betrifft, so ist dem Oberlandesgerichte, wenn auch aus anderen, als den von ihm angeführten Gründen, beizupflichten.

Das Gesetz geht, was die Zahlungseinstellung betrifft — Motive S. 107, 323 — von der Auffassung aus, daß dieselbe sich durch eine bestimmte, wahrnehmbare Handlung vollziehe, deren Erkenntnis von jedermann verlangt werden könne; dasselbe nimmt an, daß Begriff und Bedeutung des Wortes „Zahlungseinstellung" allen Verkehrskreisen vollständig geläufig sei, und knüpft an Kenntnis resp. Nichtkenntnis

der Thatsache der Zahlungseinstellung die Zulässigkeit, beziehungsweise den Ausschluß der Anfechtungsklage. Wenn daher auch die Annahme des Oberlandesgerichts, daß es sich, was die Zahlungseinstellung angehe, um eine nur dem erkennenden Richter zustehende Würdigung von Thatsachen handle, nicht als zutreffend gelten kann, so ist doch die fragliche Eideszuschiebung nach §. 410 C.P.O. als unzulässig anzusehen. Dieselbe geht nämlich auf ein doppeltes, die Zahlungseinstellung des Th. und sodann die Kenntnis der Revisionsbeklagten von derselben. Was nun jene angeht, so steht hier, wie nicht zu bezweifeln, die Handlung eines Dritten in Frage. Über facta aliena aber gestattet die bezogene Gesetzesvorschrift eine Eideszuschiebung nur insoweit, als dieselbe eine Handlung oder Wahrnehmung der Vertreter oder Rechtsvorgänger des Prozeßgegners betrifft. Wie sich aus den Motiven zu §. 397 des Entwurfes — S. 276 — ergiebt, wollte der Gesetzgeber nicht mit dem Votum des achten Juristentages die Eideszuschiebung über Handlungen Dritter gänzlich beseitigen, letztere vielmehr, weil sie insoweit einem Bedürfnisse des Rechtslebens entspreche, in dem beschränkten Umfange des §. 410 C.P.O., und nur in diesem Umfange, zulassen. Ein Hinausgehen über die gesetzliche Grenze erscheint daher völlig ausgeschlossen.

Ist hiernach aber der in Rede stehenden Eideszuschiebung eine Folge nicht zu geben, so fehlt es an jedem Nachweise für die Annahme einer vor dem 10. November vorigen Jahres stattgehabten Zahlungseinstellung des Schuldners, und es bleibt also, da auch ein früherer Antrag auf Konkurseröffnung nicht vorliegt, nur übrig, daß der streitige Arrest innerhalb der zehn Tage vor der letzteren angelegt worden ist. Bezüglich der Rechtshandlungen nun, welche in die zehntägige Frist des §. 23 Nr. 2 a. a. O. fallen, kann von dem Gläubiger überhaupt nur der Beweis erfordert werden, daß ihm von einer Begünstigungsabsicht des Schuldners nichts bekannt gewesen; im vorliegenden Falle aber erübrigt dieser Beweis, da, wie feststeht, der fragliche Arrest ohne irgend ein Zuthun von seiten des Th. erwirkt ist. Hiernach konnte die Anfechtung des Arrestes aus der Nr. 2 des §. 23 a. a. O. einen Erfolg nicht haben.

Was endlich die Anfechtung aus der Nr. 1 des §. 23 a. a. O. betrifft, so scheitert der Angriff der Revisionsklägerin daran, daß die

mehrbesprochene Eideszuschiebung nach dem Ausgeführten mit Recht als unzulässig erachtet worden ist."

## 112. Muß ein Beschluß von sämtlichen Richtern, welche bei der Entscheidung mitgewirkt haben, unterschrieben werden?

I. Civilsenat. Beschluß v. 18. Dezember 1880 in der C. H.'schen Konkurssache. Beschw.-Rep. I. 39/80.

I. Landgericht Gotha.
II. Oberlandesgericht Jena.

Gründe:

„§. 294 Abs. 2 C.P.O. bestimmt, welche der für Urteile geltenden Bestimmungen auf Beschlüsse Anwendung finden sollen. Unter diesen Bestimmungen ist weder §. 284, nach dessen Ziff. 2 ein Urteil die Namen der Richter, welche bei der Entscheidung mitgewirkt haben, enthalten soll, noch §. 286, welcher bestimmt, daß das Urteil von diesen Richtern zu unterzeichnen ist, aufgeführt. Allerdings ist §. 288 erwähnt, welcher bestimmt, daß, so lange das Urteil nicht verkündigt und nicht unterschrieben ist, eine Ausfertigung desselben nicht erteilt werden dürfe. Allein daraus folgt nur, daß ein Beschluß vor der Ausfertigung in der zur Beurkundung desselben erforderlichen Weise unterschrieben sein soll.

Diese Auslegung des Gesetzes ist auch in der Geschäftsordnung des Reichsgerichts anerkannt, welche in §. 19[1] bei Beschlüssen, die nicht auf Grund einer mündlichen Verhandlung ergehen, die Bezeichnung der Namen der mitwirkenden Richter und deren Unterschrift nicht vorschreibt,

[1] §. 19: „Beschlüsse, welche auf Grund einer mündlichen Verhandlung ergehen, sollen die Namen der Richter, welche dabei mitgewirkt haben, enthalten und sind von denselben zu unterzeichnen.

Bei sonstigen Beschlüssen genügt die Unterzeichnung durch den Berichterstatter und den Vorsitzenden. In dem Beschlusse ist die Sitzung, in welcher derselbe auf Vortrag gefaßt wurde, anzuführen.

Behufs Nachweisung der Mitglieder, welche bei der Erledigung von Beschwerdesachen mitgewirkt haben, ist eine Sitzungsliste zu führen, aus welcher hervorgeht, welche Mitglieder an jeder einzelnen Sitzung teilgenommen haben."

und in deren Motiven bemerkt ist, daß §. 286 C.P.O. in §. 294 auf Beschlüsse nicht ausgedehnt sei.

Nun trägt die dem Masseverwalter im C. H.'schen Konkurse zugestellte Ausfertigung des Beschlusses des Herzoglichen Landgerichts zu Gotha vom 16. August 1880 die Unterschrift: „Herzoglich sächsisches Landgericht, Civilkammer II" und darunter befinden sich zwei Namensunterschriften, sodann folgt die vom 20. August 1880 datierte, vom Gerichtsschreiber unterschriebene Beglaubigung.

Die Unterschriften des Beschlusses bezeichnen sich durch ihre Stellung als Unterschriften von Richtern, welche bei der Beschlußfassung mitgewirkt haben. Haben die unterschriebenen Personen in der That an der Beschlußfassung teilgenommen, so ist der von ihnen unterschriebene Beschluß in genügender Weise als Beschluß der Civilkammer und damit auch die gesetzmäßige Besetzung dieses Gerichts bei der Beschlußfassung beurkundet. Daß aber die Unterschriften von Richtern, welche an der Beschlußfassung teilgenommen, herrühren, wird durch die Beglaubigung der Ausfertigung durch den Gerichtsschreiber in gesetzmäßiger Weise bekundet.

Die betreffende Ausfertigung verstößt mithin nicht gegen gesetzliche Vorschriften, insbesondere nicht gegen §. 77 G.V.G."

---

## 113. Kann das Gericht die Aussetzung der Verhandlung bis zur Erledigung eines anderen zwischen den Parteien anhängigen Rechtsstreites anordnen, wenn von dem Beklagten die Einrede der Rechtshängigkeit vorgeschützt ist?

III. Civilsenat. Beschluß v. 11. Februar 1881 i. S. D. (Bekl.) w. Eisenbahnfiskus (Kl.). Rep. III. 129/80.

I. Landgericht Wiesbaden.
II. Oberlandesgericht Frankfurt a. M.

Der Viehhändler D. erhob wegen einer auf dem Bahnhofe zu Hadamar (infolge des Zusammenstoßens eines im Rangieren begriffenen Eisenbahnwaggons mit einem dort aufgestellten fremden Fuhrwerke) erlittenen Körperverletzung 1878 Klage gegen den preußischen Eisenbahn-

fiskus, und wurde letzterer durch Urteil des Landgerichts zu W. am 22. November 1879 zur Zahlung von 1500 M. verurteilt.

Während das auf die Appellation des Beklagten eingeleitete Verfahren noch schwebte, erhob Kläger im März 1880 eine zweite Klage mit dem Antrage, den Beklagten zur Zahlung einer Schadensersatzsumme von 8500 Mark zu verurteilen, indem er behauptete, in dem früheren Prozesse nur den ihm bis zum 14. September 1878 durch die fragliche Körperverletzung verursachten Schaden eingeklagt zu haben, und daß die jetzt geforderte Summe den weiter ihm entstandenen Schaden repräsentiere.

Beklagter erhob die Einrede der Rechtshängigkeit, verweigerte die Einlassung und Verhandlung zur Hauptsache, beantragte, eine besondere Verhandlung über die Einrede anzuordnen und die Klage abzuweisen. Kläger beantragte, die Einrede zu verwerfen und sofort zur Hauptsache zu verhandeln, ev. die Sache bis zur Entscheidung des Vorprozesses auszusetzen.

Das Landgericht beschloß, die Verhandlung der Sache auf Grund des §. 139 C.P.O. bis zur Erledigung des anderen unter den Parteien anhängigen Prozesses auszusetzen.

Auf Beschwerde des Beklagten hob das Oberlandesgericht diesen Beschluß auf und gab dem Landgerichte auf, eine die Fortsetzung dieses Rechtsstreites bezweckende Verfügung zu erlassen.

Die hiergegen vom Kläger erhobene weitere Beschwerde ist vom Reichsgerichte aus folgenden Gründen verworfen:

„Die Entscheidung des Oberlandesgerichts, welche den Beschluß des Königlichen Landgerichts zu W. vom 25. September 1880, „daß die Verhandlung der Sache auf Grund des §. 139 C.P.O. bis zur Erledigung des unter den Parteien zu Nr. 2326/78 anhängigen Rechtsstreites auszusetzen sei", aufhebt, ist zu billigen.

Das Gericht hat nicht, wie der Beschwerdeführer anzunehmen scheint, die Befugnis, die Verhandlung eines Rechtsstreites aus Zweckmäßigkeitsrücksichten bis zur Erledigung eines anderen, unter den Parteien anhängigen Rechtsstreites auszusetzen, sondern darf eine Aussetzung des Verfahrens nur in den Fällen verfügen, in welchen sie durch die Vorschriften der C.P.O. oder anderer Gesetze zugelassen ist. Im vorliegenden Falle kann nur in Frage kommen, ob auf Grund der Bestim-

mungen in §. 139 C.P.O. eine Aussetzung des Verfahrens statthaft war, und diese Frage ist zu verneinen.

Nach §. 139 kann das Gericht die Verhandlung bis zur Erledigung eines anderen anhängigen Rechtsstreites aussetzen, „wenn die Entscheidung des Rechtsstreites ganz oder zum Teil von dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses abhängt, welches den Gegenstand dieses anderen anhängigen Rechtsstreites bildet". Diese Voraussetzung würde zwar gegeben sein, wenn in dem bereits anhängigen Prozesse über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Obligationsverhältnisses, welches den Klaggrund des auszusetzenden Rechtsstreites bildet oder für diesen präjudiziell ist, in einer der Rechtskraft fähigen Weise materiell entschieden werden müßte. Allein neben dieser Voraussetzung ist für die Anwendbarkeit des §. 139 wesentlich, daß in beiden Prozessen nicht derselbe Streitgegenstand vorliegt, beide vielmehr verschiedene Ansprüche zum Gegenstand haben, daß das Verhältnis beider Prozesse also nicht ein solches ist, daß aus der Anhängigkeit des Anspruches die Einrede der Rechtshängigkeit in dem zweiten Prozesse entstehen würde. Behauptet, wie im vorliegenden Falle, der Beklagte, der in dem zweiten Rechtsstreite geltend gemachte Anspruch sei bereits in einem noch anhängigen Prozesse vom Kläger erhoben worden, und setzt er, gestützt auf die §§. 247. 248 C.P.O., der zweiten Klage die Einrede der Rechtshängigkeit als prozeßhindernde entgegen, mit der Weigerung der Verhandlung zur Hauptsache und dem Antrage auf besondere Verhandlung über die Einrede, so muß das Gericht über diese Einrede in Gemäßheit der Vorschrift in §. 248 C.P.O. durch Urteil, nach vorgängiger Verhandlung, entscheiden, und ist nicht befugt, auf Grund des §. 139 die Verhandlung auszusetzen. Denn diese Verfügung setzt voraus, daß die Behauptung des Beklagten, in dem früheren, noch anhängigen Prozesse sei der jetzt eingeklagte Anspruch geltend gemacht, unrichtig sei. Hierüber kann aber nur nach vorgängiger Verhandlung entschieden werden, und es kann die Einrede des Beklagten nicht dadurch beseitigt werden, daß das Gericht die Verhandlung bis zur Erledigung des anderen anhängigen Rechtsstreites aussetzt. Wäre daher auch im vorliegenden Falle — was dahin gestellt bleiben kann — das in §. 139 vorausgesetzte präjudizielle Verhältnis der beiden Prozesse zu einander gegeben, so würde die Aussetzung des Verfahrens doch bei Lage der Sache unzulässig gewesen sein, und war daher der principale Antrag des Klägers auf

Wiederherstellung des Beschlusses des Kreisgerichts als unbegründet zurückzuweisen." ...

## 114. Muß die Übertragung der Vertretung einer Partei in der mündlichen Verhandlung auf einen bei dem Prozeßgerichte nicht zugelassenen Rechtsanwalt durch den Prozeßbevollmächtigten vor dem Prozeßgerichte erfolgen, oder kann sie auch schriftlich geschehen?

Rechtsanwaltsordnung vom 1. Juli 1878 §. 27.

III. Civilsenat. Urt. v. 14. Februar 1881 i. S. S. (Kl.) w. E. (Bekl.) Beschw.-Rep. III. 15/81.

Oberlandesgericht Kassel.

Die Erben des Schuhmachers E. wurden vom Landgericht zu Kassel durch bedingtes Endurteil vom 22. Oktober 1880 verurteilt, der Klägerin 1100 M. zu zahlen. Klägerin erhob Berufung. In dem Verhandlungstermin am 11. Januar 1881 erschien die Berufungsklägerin nicht. Für eine der fünf Berufungsbeklagten erschien der bei dem Oberlandesgerichte zu Kassel nicht zugelassene Rechtsanwalt M. zu Kassel. Derselbe überreichte Prozeßvollmacht der Berufungsbeklagten, Ehefrau J., für den Justizrat Dr. Ö. zu Kassel und eine von dem letzteren ausgestellte Urkunde vom 11. Januar 1881, worin derselbe „als Prozeßbevollmächtigter der Ehefrau J. in Gemäßheit des §. 27 der Rechtsanwaltsordnung Abs. 2 dem Rechtsanwalt M. die Vertretung seiner Vollmachtgeberin in der heutigen mündlichen Verhandlung überträgt" und bat, ihn als Vertreter der Ehefrau J. zuzulassen.

Das Oberlandesgericht beschloß, den Rechtsanwalt M. als Vertreter der Ehefrau J. nicht zuzulassen und auf Grund des §. 228 Abs. 2 C.P.O. die Sache beruhen zu lassen.

Auf hiergegen von der Ehefrau J. erhobene Beschwerde ist der Beschluß des Oberlandesgerichts, durch welche der Antrag des Rechtsanwalts M., ihn als Vertreter der Ehefrau J. zuzulassen, zurückgewiesen ist, aufgehoben.

Gründe:

„Das Oberlandesgericht geht davon aus, daß die Vertretung einer

Partei durch einen bei dem Prozeßgerichte nicht zugelassenen Rechtsanwalt nach §. 27 Abs. 2 der Rechtsanwaltsordnung vom 1. Juli 1878 voraussetze, daß der bei dem Prozeßgerichte zum Prozeßbevollmächtigten bestellte Rechtsanwalt vor dem Prozeßgerichte erscheine und daselbst die Vertretung übertrage, und hat daher das Gesuch des Rechtsanwalts M., ihn auf Grund einer von dem Prozeßbevollmächtigten der Berufungsbeklagten, Ehefrau J., ihm erteilten schriftlichen Substitutionsvollmacht, als Vertreter der J. in der mündlichen Verhandlung über die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des königlichen Landgerichts zu Kassel vom 22. Oktober 1880 zuzulassen, zurückgewiesen. Dieser Beschluß ist nicht gerechtfertigt, weil die ihm zu Grunde liegende Auffassung der Vorschriften in §. 27 Abs. 2 a. a. O. nicht zu billigen ist.

Der Wortlaut des Gesetzes bietet für die Auffassung des Oberlandesgerichts keine Stütze, spricht vielmehr für die Ansicht der Beschwerdeführerin, daß eine Einführung des Vertreters durch den bei dem Prozeßgerichte bestellten Prozeßbevollmächtigten nicht notwendig sei, sondern daß die Übertragung der Vertretung in der mündlichen Verhandlung auch schriftlich erfolgen könne. Nachdem im §. 27 Abs. 1 der Rechtsanwaltsordnung, in Übereinstimmung mit §. 74 C.P.O., der Satz aufgestellt ist, daß, insoweit eine Vertretung durch Anwälte geboten ist, nur ein beim Prozeßgerichte zugelassener Anwalt die Vertretung als Prozeßbevollmächtigter übernehmen kann, wird im Abs. 2 für die mündliche Verhandlung eine Ausnahme gemacht, indem die Vertretung der Partei durch *jeden* Rechtsanwalt zugelassen wird, „für den Fall, daß der bei dem Prozeßgerichte zum Prozeßbevollmächtigten bestellte Rechtsanwalt ihm die Vertretung überträgt". In welcher Weise und Form diese Übertragung der Vertretung erfolgen soll, bestimmt das Gesetz nicht. Es muß daher davon ausgegangen werden, daß dieselbe sowohl mündlich vor Gericht, als schriftlich geschehen kann, weil beide Formen der Bevollmächtigung zulässig sind, die Bevollmächtigung durch schriftliche Vollmacht sogar die Regel bildet (§§. 76. 146 C.P.O.). Wenn das Oberlandesgericht darauf Gewicht legt, daß nach dem Wortlaute des §. 27 Abs. 2 die Vertretung durch einen beim Prozeßgericht nicht angestellten Anwalt nicht dann gestattet sei, wenn die Vertretung demselben durch den Prozeßbevollmächtigten *vor* der mündlichen Verhandlung übertragen *war*, sondern in bezeichnender Weise nur für den Fall, daß der bei dem Prozeßgerichte zum Prozeßbevollmächtigten be-

stellte Rechtsanwalt ihm die Vertretung „überträgt," und hieraus folgert, daß der Übertragungsakt in derselben Verhandlung, bei welcher der nicht zugelassene Anwalt die Vertretung übernehmen soll, durch den gegenwärtigen Prozeßbevollmächtigten vor dem Prozeßgerichte sich vollziehen müsse, so kann dieser Auffassung, welche dem Worte „überträgt" eine nicht gerechtfertigte Bedeutung beilegt, nicht beigetreten werden.

Es fehlt aber auch an sonstigen Gründen, welche die Ansicht des Oberlandesgerichts rechtfertigen. Soll der bei dem Prozeßgerichte nicht zugelassene Anwalt nicht die Vertretung der Partei in der mündlichen Verhandlung übernehmen, sondern nur die Ausführung der Parteirechte, so ist im Anwaltsprozesse die Anwesenheit des Prozeßbevollmächtigten bei der mündlichen Verhandlung notwendig, wird aber die Vertretung der Partei übertragen, so erscheint die Anwesenheit des Prozeßbevollmächtigten überflüssig, weil alle seine Befugnisse für die mündliche Verhandlung auf den Vertreter übergehen. Wenn dementsprechend auch das Oberlandesgericht nicht verlangt, daß der Prozeßbevollmächtigte, nachdem er dem eingeführten Rechtsanwalt die Vertretung übertragen hat, neben demselben anwesend bleibe, so erscheint es auch nicht notwendig und gerechtfertigt, lediglich zum Zwecke der Übertragung der Vertretung und Einführung des Vertreters das persönliche Erscheinen des Prozeßbevollmächtigten zu verlangen. Eine konsequente Durchführung des Princips der Lokalisierung der Anwaltschaft würde dahin führen, die Vertretung der Partei durch einen anderen, als einen bei dem betreffenden Landgericht oder Oberlandesgericht zugelassenen Rechtsanwalt überhaupt auszuschließen und nur etwa zu gestatten, daß neben und unter steter Anwesenheit des Prozeßbevollmächtigten ein anderer Anwalt die Ausführung der Parteirechte in der mündlichen Verhandlung übernehme. Nachdem aber dieses Princip in mehrfacher Beziehung durchbrochen worden, insbesondere durch §. 27 Abs. 2 der Rechtsanwaltsordnung gestattet ist, daß auch die Vertretung der Partei in der mündlichen Verhandlung in vollem Umfange jedem Rechtsanwalte von dem Prozeßbevollmächtigten übertragen werde, ist nicht erfindlich, wie principiell darauf Gewicht gelegt werden könnte, daß die Übertragung der Vertretung vor dem Prozeßgerichte durch den erschienenen Prozeßbevollmächtigten geschehe. Ebensowenig ist von Bedeutung, daß, wie das Oberlandesgericht hervorhebt, die Zulassung der Rechtsanwälte nach §. 8 der Rechtsanwaltsordnung bei einem bestimmten Gerichte erfolgt,

jedes höhere Gericht also regelmäßig nur mit den bei ihm zugelassenen Rechtsanwälten zu verkehren habe und insofern andere nicht kenne. Denn einesteils kann das Gericht von den bei den Gerichten zugelassenen Rechtsanwälten sich durch die amtlichen Bekanntmachungen Kunde verschaffen, andererseits wird es, im Fall es über die Person des als Vertreter einer Partei auftretenden Rechtsanwalts oder seine Eigenschaft als solchen Zweifel hegt, die geeigneten Nachweisungen zu verlangen haben.

Wenn weiter geltend gemacht wird, daß im Falle der Zulassung der Übertragung der Vertretung durch schriftliche Substitution, eine so ausgedehnte Anwendung des §. 27 Abs. 2 nicht nur über den Zweck dieser Bestimmung hinausgehen, sondern auch mit dem Geiste der Rechtsanwaltsordnung nicht zu vereinigen sein würde, so ist es zwar richtig, daß nach den Motiven die Bestimmung in Abs. 2 des §. 27 vorzugsweise durch die Erwägung veranlaßt ist, daß es für die Parteien erwünscht und von besonderem Interesse sein könne, ihren Rechtsstreit durch einen Anwalt, welcher mit den in Betracht kommenden thatsächlichen Verhältnissen oder mit den zur Anwendung kommenden Rechtsnormen besonders vertraut ist, oder zu welchem sie ein besonderes Zutrauen haben, auch vor einem Gerichte führen zu lassen, bei welchem dieser Rechtsanwalt nicht zugelassen ist und also nach dem in Abs. 1 aufgestellten Satze die Partei zu vertreten außer stande sein würde. Allein es ist im Gesetze nicht zum Ausdruck gelangt, daß nur aus solchen, in der Sache liegenden Gründen eine Übertragung der Vertretung der Partei in der mündlichen Verhandlung zulässig, dagegen ausgeschlossen sei in Fällen der persönlichen Verhinderung des Prozeßbevollmächtigten. Das Gesetz gestattet vielmehr die Ubertragnng der Vertretung in der mündlichen Verhandlung auf jeden Anwalt ganz allgemein, nicht etwa bloß auf Verlangen der Partei, und ist es daher nicht berechtigt, die Befugnis des Prozeßbevollmächtigten zu beschränken oder indirekt dadurch zu erschweren und unter Umständen auszuschließen, daß man den Prozeßbevollmächtigten nötigt, den Vertreter persönlich bei dem Prozeßgerichte einzuführen und vor demselben die Übertragung der Vertretung vorzunehmen.

Die Annahme, daß es einer Einführung des Vertreters durch den Prozeßbevollmächtigten nicht bedürfe, findet endlich auch Bestätigung in der Entstehungsgeschichte des §. 27 Abs. 2 a. a. O.

Vgl. Drucksachen des deutschen Reichstages II. Session 1878 Nr. 5 S. 31 flg. 50; Kommissionsbericht daselbst Nr. 173 S. 26 flg.; Hahn, Materialien zum Gerichtsverfassungsgesetz I. S. 509 flg., 540 flg."

## 115. Einlegung des Einspruches vor Zustellung des Versäumnisurteiles.

III. Civilsenat. Urt. v. 25. Januar 1881 i. S. Sch. (Kl.) w. v. P. (Bekl.) Rep. III. 671/80.[1]

I. Landgericht Kassel.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Aus den Gründen:

„Die zunächst zu entscheidende Frage ist, ob die Einlegung des Einspruches nach der Verkündung, aber vor der Zustellung des Versäumniserkenntnisses zulässig ist, da nur, wenn dies der Fall, das in der ersten Instanz gefällte Versäumnisurteil als beseitigt erscheint und mithin der vorliegenden Revision nicht mehr im Wege steht. Die Frage ist aber mit den beiden Vorinstanzen zu bejahen.

Der §. 303 C.P.O. gewährt einer Partei schlechthin den Einspruch gegen das wider sie erlassene Versäumnisurteil. In §. 304 ist zwar für die Einlegung des Einspruches eine Notfrist festgesetzt und deren Beginn von der Zustellung des Urteiles abhängig gemacht. Allein damit ist nur das Recht auf den Einspruch in der Weise beschränkt, daß dessen Ausübung nach Ablauf der gesetzten Frist nicht mehr zulässig sein soll. Denn die Festsetzung einer Frist für eine Prozeßhandlung hat zwar zur notwendigen Folge die Ausschließung der Prozeßhandlung nach abgelaufener Frist, nicht aber hat sie immer auch die Bedeutung, daß der betreffende Prozeßakt ausschließlich nur innerhalb dieser Zeitfrist vorgenommen werden könnte und dürfte. Dies ist denn auch der nicht undeutlich ausgedrückte Standpunkt des Gesetzes. Wenn nämlich die Civilprozeßordnung davon ausginge, daß die Festsetzung einer Notfrist von selbst und ohne weiteres die Vornahme der Prozeßhandlung vor dem Beginn der Frist rechtlich unmöglich mache, so hätte sie sich nicht

[1] Ein anderer Teil dieses Urteils ist oben Nr. 27 S. 90 abgedruckt. D. R.

veranlaßt sehen können, bezüglich der Berufungs- und Revisionsfrist in den §§. 477 und 514 besonders zu bestimmen, daß die Einlegung dieser Rechtsmittel vor Zustellung des Urteils unwirksam sei. Indem aber die Civilprozeßordnung diese besondere Bestimmung bezüglich der Berufung und Revision getroffen hat, bezüglich des Einspruches aber nicht, ist zu folgern, daß sie aus naheliegenden praktischen Gründen in letzterer Richtung eine solche Bestimmung nicht hat treffen, mithin das Einspruchsrecht diesfalls nicht hat beschränken wollen. Durch den Hinweis auf §. 306 C.P.O. kann diese Schlußfolgerung nicht entkräftet werden. Der §. 306 überweist die Prüfung der Formalien bezüglich des Einspruches der Offizialthätigkeit des Richters, wie es in betreff der Berufung der §. 497 thut. Eine materielle Direktive für diese Prüfung geben die beiden Paragraphen nicht an die Hand. In Ermangelung dessen entscheidet sich die Rechtzeitigkeit der Berufung nach §. 477 Abs. 1 und 2, während rücksichtlich des Einspruches der Umstand maßgebend ist, daß eine dem §. 477 Abs. 2 analoge Bestimmung für ihn nicht getroffen wurde, der Einspruch also nur dann präkludiert erscheint, wenn er nach Ablauf der gesetzlichen Frist eingelegt worden ist."

---

## 116. Versäumnisverfahren in der Revisionsinstanz. Bedarf es zur Verurteilung des Beklagten auf Grund eines Anerkenntnisses im Sinne des §. 278 C.P.O. eines besonderen Antrages?

III. Civilsenat. Urt. v. 2. November i. S. E. K. (Kl.) w. J. K. I (Bekl.). Rep. III. 627/80.

I. Landgericht Darmstadt.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Die Entscheidung ist oben Nr. 55 S. 193 abgedruckt.

---

## 117. Gehören Streitigkeiten zwischen dem Landesherrn und den Ständen über Auslegung und Anwendung der Landesverfassung und deren Verletzung zur Zuständigkeit der Gerichte?

III. Civilsenat. Urt. v. 15. Februar 1881 i. S. der Landesverwaltung der Fürstentümer Waldeck und Pyrmont (Kl.) w. Se. Durchlaucht den Fürsten von Waldeck und Pyrmont (Bekl.). Rep. III. 70/80.

I. Appellationsgericht Kassel.

Aus den Gründen:

„Das Gericht erster Instanz, der Civilsenat des Königl. preußischen Appellationsgerichts zu Kassel, hat die gegen Seine Durchlaucht den Fürsten von Waldeck und Pyrmont erhobene Klage als unzulässig zurückgewiesen, weil die den Gegenstand derselben bildenden Streitfragen dem öffentlichen und Verfassungsrechte angehören und daher im Wege des Civilprozesses nicht zum Austrag gebracht werden können. Die von der Klägerin hiergegen erhobene Beschwerde erscheint nicht begründet.

Der Revidentin ist zwar darin beizupflichten, daß eine Klage, welche einen Gegenstand des Privateigentums betrifft, nicht deshalb als unzulässig zurückgewiesen werden darf, weil zur Entscheidung des Rechtsstreites die Prüfung und Entscheidung staatsrechtlicher und anderer das öffentliche Recht betreffender Fragen mit erforderlich wird. Denn, wo nicht durch specielle gesetzliche Vorschriften das Gebiet der Justizsachen eingeschränkt ist, gehört es zum Begriffe der Justizsachen nicht, daß der Gegenstand des Streites privatrechtlicher Natur sei, daß es sich um Verletzung eines auf einem gültigen Privatrechtstitel beruhenden Rechtes handle, sondern es gehören zur gerichtlichen Kognition auch Streitigkeiten, welche auf Grundlage eines Thatbestandes des öffentlichen Rechtes entstanden sind. Allein daraus folgt nicht, daß die von der Klägerin gegen Seine Durchlaucht den Fürsten erhobene Klage zulässig sei. Nach den Grundsätzen des geltenden deutschen Staatsrechtes gehören in den monarchischen deutschen Staaten Streitigkeiten zwischen dem Landesherrn und den Ständen über die Auslegung und Anwendung der Verfassung und deren Verletzung nicht zur Zuständigkeit der Landesgerichte, sofern nicht die Verfassung selbst ihnen die Entscheidung dieser Streitigkeiten überwiesen hat. Letzteres ist in dem Verfassungsgesetze für die Fürstentümer Waldeck und Pyrmont nicht geschehen. Im vorliegenden Prozesse handelt es sich aber um eine solche Streitigkeit. Denn der Streit dreht sich lediglich darum, ob und inwieweit der Fürst von Waldeck und Pyrmont als Landesherr nach der Verfassung der Fürstentümer Waldeck und Pyrmont vom 17. August 1852 und dem als integrierenden Bestand-

teil derselben anzusehenden Rezesse vom 16. Juli 1853, die Verhältnisse des Domanialvermögens betreffend, befugt war, während der Dauer des zwischen Preußen und Waldeck-Pyrmont abgeschlossenen Accessionsvertrages vom 18. Juli 1867 in der Art über das Domanialvermögen zu verfügen, wie geschehen, also um die verfassungsmäßigen Befugnisse des Landesherrn bei der Verwaltung des Domanialvermögens. Es handelt sich nicht, wie Revidentin ausführt, um eine gegen Seine Durchlaucht den Fürsten von Waldeck und Pyrmont als Privatperson gerichtete Klage, sondern um Abwendung der Folgen der von dem Fürsten als Landesherrn bei Verwaltung und Nutzung des Domaniums nach Ansicht der Klägerin unrechtmäßig und in Widerspruch mit der Verfassung und dem Rezesse vom 16. Juli 1853 vorgenommenen, die Rechte des Landes verletzenden Handlungen. Denn die Klage beruht darauf, daß der Fürst, bezw. seine Domänenkammer mit seiner ausdrücklichen Zustimmung, indem sie die Amortisationsbeträge der Rothschildschen Schuld in den Jahren 1868 bis 1877 nicht aus den laufenden Revenüen, sondern aus dem Domanialstammvermögen, insbesondere aus eingegangenen Ablösungsgeldern bestritten, in einer die bestehenden verfassungsmäßigen Normen verletzenden Weise über das Domanialvermögen verfügt habe, und die Klage bezweckt die Aufhebung der durch diese Maßregel entstandenen Benachteiligung des Staatsvermögens. Wenngleich es im Falle der Verurteilung des Herrn Beklagten die Folge sein würde, daß die von der Klägerin beanspruchte Summe aus seiner Privatkasse zu restituieren sein würde, so wird dadurch der klagend verfolgte Anspruch keineswegs zu einer privatrechtlichen Angelegenheit des Fürsten, die Klage nicht zu einer gegen den Fürsten als Privatperson gerichteten. Denn der Fürst hat nicht als Privatperson, sondern als Landesherr auf Grund der bestehenden Verfassung während der in Betracht kommenden Zeit die Revenüen des Domanialvermögens bezogen und in gleicher Eigenschaft verfügt, daß die Amortisationsraten der Rothschild'schen Schuld aus dem Domanialstammvermögen bestritten werden sollen. Dadurch sind allerdings nach den damals geltenden Verfassungsnormen über die Verwaltung und Nutzung des Domanialvermögens die dem Landesherrn allein zukommenden Revenüen des Domanialvermögens erhöht worden, allein daraus folgt nicht, daß der Anspruch der Klägerin auf Ersatz dieser vermeintlich mit Unrecht bezogenen Revenüen privatrechtlicher Natur sei. Es handelt sich viel-

mehr, wie im Jahre 1863, um einen politischen Konflikt zwischen dem Landesherrn und den Ständen, um die unter beiden streitige Frage der Auslegung und Anwendung der verfassungsmäßigen Normen bezüglich des Domanialvermögens, um das Budgetrecht der Stände. Denn während der Herr Beklagte der Ansicht ist, daß die angeordnete Verwendung der in Frage stehenden Domanialstammgelder zur Amortisation der Rothschild'schen Schuld den bestehenden Verfassungsbestimmungen entspreche, wird dies von den Ständen bestritten. Dieser Konflikt mußte sich 1863 allerdings in anderer Art entwickeln, als jetzt, weil damals den Ständen verfassungsmäßig ein direkter Einfluß und eine Einwirkung auf die Verwaltung des Domanialvermögens zustand, sie also bei Feststellung des Budgets ihrer Ansicht Geltung verschaffen konnten, während jetzt infolge der Bestimmungen des Accessionsvertrages vom 18. Juli 1867 der Landesherr, bezw. seine Domänenkammer ohne ständische Mitwirkung die Verwaltung des Domanialvermögens führten.

Das Rechtsverhältnis, welches die Verfassung von 1852 und der Rezeß von 1853 bezüglich des Domanialvermögens geschaffen haben, ist lediglich ein öffentlich rechtliches und ist auch dadurch nicht zu einem privatrechtlichen geworden, daß es durch Vertrag zwischen dem Landesherrn und den Ständen geregelt ist. Denn auch Rechtsverhältnisse des öffentlichen Rechtes können vertragsmäßig normiert werden. Es handelt sich nicht, wie Revidentin ausführt, um Verletzung bestehender Vertragsrechte, die vor den Gerichten zur Geltung gebracht werden können, sondern, wie erwähnt, um eine auf dem Boden des Verfassungsrechtes entstandene und sich bewegende Streitigkeit.

Die von der Klägerin erhobene Revision war daher als unbegründet zu verwerfen und das angefochtene Urteil zu bestätigen."

---

**118. 1. Gerichtsstand des Erfüllungsortes für Klagen auf Aufhebung eines zweiseitigen Vertrages und Rückforderung des zur Erfüllung bereits Geleisteten. Was ist bei solchen Klagen als „streitige Verpflichtung" im Sinne von §. 29 C.P.O. anzusehen?**[1]

[1] Vgl. oben Nr. 107 S. 384.

## 2. Ist gegen die Entscheidung zweiter Instanz, daß eine Klagänderung nicht vorliege, Revision zulässig?

II. Civilsenat. Urt. v. 15. Februar 1881 i. S. B. u. Gen. (Bekl.) w. S. (Kl.) Rep. II. 400/80.

I. Landgericht Leipzig.
II. Oberlandesgericht Dresden.

In öffentlichen Blättern war zur Zeichnung von Prioritätsobligationen einer Aktiengesellschaft unter dem Namen der Gesellschaftsdirektion aufgefordert worden. Zu den dabei namhaft gemachten Zeichnungsstellen gehörte ein Leipziger Bankhaus. Dort hatte S. mehrere Obligationen gezeichnet und den Subskriptionspreis eingezahlt. Die Aktiengesellschaft verfiel in Konkurs. S. klagte nunmehr vor dem Landgerichte zu Leipzig gegen mehrere an anderen Orten wohnhafte Personen auf Rückerstattung des Subkriptionspreises. Er behauptete, erst nach der Einzahlung erfahren zu haben, daß die Zeichnungsaufforderung nicht von der Gesellschaftsdirektion ausgegangen, auch bezüglich mehrerer darin enthaltener Angaben der Wahrheit zuwider und auf Täuschung der Zeichner über die Sicherheit der auszugebenden Wertpapiere berechnet gewesen sei. Die Beklagten hätten die Aufforderung zur Zeichnung veranlaßt. Auf Grund dessen erklärte der Kläger, den abgeschlossenen Zeichnungsvertrag wegen Betruges, beziehentlich nach den Vorschriften des sächs. bürgerl. Gesetzbuches über die Gewähr von Fehlern entgeltlich veräußerter Sachen anfechten zu wollen.

Die Beklagten bestritten die Zuständigkeit des Prozeßgerichtes; jedoch ohne Erfolg. Das Reichsgericht erachtete in Übereinstimmung mit den Vorinstanzen das Landgericht zu Leipzig für zuständig.

Gründe:

„Nach §. 29 C.P.O. kann der, welcher die Aufhebung eines Vertrages verlangen zu dürfen glaubt, seine Ansprüche vor dem Gerichte des Orts verfolgen, „wo die streitige Verpflichtung zu erfüllen ist". Die jetzt in Rede stehende Klage hat die Eigenschaft einer Vertragsaufhebungsklage. Der Kläger fordert die Aufhebung des von ihm an der Leipziger Zeichnungsstelle abgeschlossenen Vertrages und zufolge der Aufhebung die Rückzahlung der Gelder, welche er zu dessen Er-

füllung hingegeben. So ist nach dem Inhalte des Klagvortrages die Klagbitte aufzufassen, wie die Beklagten selbst anerkennen. Daß im Gerichtsstande des §. 29 nicht allein die Aufhebungsklage angebracht, sondern daß mit ihr zugleich die Rückforderung der von dem Kläger bewirkten Vertragsleistung verbunden werden darf,[1] erhellt aus den Motiven des Gesetzes, welche als Grund für die Erstreckung des fraglichen Gerichtsstandes auf die Aufhebungsklage (S. 413 der Kortkampf'schen Ausgabe) ausdrücklich hervorheben, nach der Praxis könne gemäß Art. 1184 Code civ. auf Entschädigung nicht ohne gleichzeitige Klage auf Aufhebung geklagt werden. Werden hiernach beide Klagen als untrennbar behandelt, so waltet kein Zweifel ob, daß das Gesetz unter der Aufhebungsklage die dazu gehörige Rückforderungsklage mitbegreift. Dasselbe unterwirft übrigens dem Gerichtsstande des Erfüllungsortes Aufhebungsklagen aller Art, ohne zu unterscheiden, aus welchem Grunde die Aufhebung verlangt wird. Somit durfte der Kläger im Gerichtsstande des Erfüllungsortes wegen Aufhebung des erwähnten Vertrages ebensowohl dann klagbar werden, wenn er zur Eingehung desselben durch Täuschung vermocht worden war und deshalb den Vertrag anfechten wollte, als in dem Falle, wenn er die Aufhebung nach den Rechtssätzen über Fehlergewähr zu fordern beabsichtigte. Der die Zuständigkeit des Gerichtes bestimmende Erfüllungsort ist der Erfüllungsort derjenigen Vertragspflicht, welche den Streitgegenstand ausmacht. Als solche hat aber hier nicht etwa die im Streit befangene Rückerstattungspflicht der Beklagten, sondern die vom Kläger erfüllte Vertragspflicht zu gelten. In dieser Weise muß das Gesetz seiner Entstehungsgeschichte nach ausgelegt werden. Der Entwurf des §. 29 hatte den Schlußsatz dahin gefaßt: „wo der Vertrag von dem Beklagten zu erfüllen ist". Bei den Beratungen der Kommission des Reichstages wurde zunächst Streichung der Worte „von dem Beklagten" beantragt, „weil es auch vorkomme, daß derjenige, der einen Vertrag zu erfüllen habe, um dessen Erfüllung es sich handle, Kläger sei, namentlich wenn auf Aufhebung oder Nichtbestehen des Vertrages geklagt werde." Der Antrag fand Genehmigung (S. 10 flg. der Protokolle). In zweiter Lesung, nachdem inmittelst auch noch die Worte „der Vertrag" mit den

[1] Über Klagen auf Rückforderung des aus einem wegen Formlosigkeit nichtigen Vertrage Geleisteten vgl. Bd. 2 S. 410. D. E.

Worten „die streitige Verpflichtung" vertauscht worden waren, gelangte §. 29 ohne Debatte zur Annahme (S. 508 der Protokolle). Die Gründe der letzteren Abänderung sind nicht zu ersehen. Offenbar hat also hiermit die ursprüngliche Bestimmung nicht wesentlich umgestaltet, sondern es hat nur in weiterer Ausführung des ersten Abänderungsbeschlusses (gerade im Hinblick auf die dabei angedeutete Möglichkeit verschiedenartiger Erfüllungsorte für die aus zweiseitigen Verträgen entspringenden Forderungen) etwas deutlicher noch ausgedrückt werden sollen, daß der Erfüllungsort der Verpflichtung über die Zuständigkeit entscheide, um welche sich die Parteien gegebenen Falles streiten; und das ist bei der Aufhebungsklage, wie die Motive jenes ersten Beschlusses klar erkennen lassen, diejenige, von welcher der Kläger frei werden, deren Erfüllung er, wenn sie bereits erfolgt war, zurückrufen will. Den Gegenstand der vorliegenden Klage bildet somit die Obliegenheit zur Entrichtung des Subskriptionspreises. Diese Obliegenheit hat der Kläger seinem Anführen nach in Leipzig zu erfüllen gehabt und hier auch erfüllt. Die oben dargelegten Kommissionsberatungen erledigen überdies jede Ungewißheit darüber, daß der Gesetzgeber den §. 29 C.P.O. auch auf zweiseitige Verträge, bei denen Leistung und Gegenleistung nicht an dem nämlichen Orte zu erfüllen sind, bezogen und für Klagen auf Aufhebung solcher Verträge den Erfüllungsort der Verpflichtung, an deren Wegfall dem Kläger gelegen ist, als maßgebend anerkannt hat. Hiernach bedarf es keines weiteren Eingehens auf die im Berufungsurteile erörterte Frage nach dem Lieferungsorte der dem Kläger zugesagten Prioritäts-Obligationen.

Was in zweiter Instanz rücksichtlich des Einwandes der unstatthaften Klagänderung erkannt ist, unterliegt einem Revisionsangriffe nicht. Das Berufungsgericht hat der hier in Frage stehenden Erklärung des Klägers mit Bezugnahme auf §. 240 C.P.O. die Eigenschaft der Klagänderung abgesprochen. Ein solcher Ausspruch ist nach der Vorschrift in §. 242, welche auch für das Berufungsurteil gilt (§. 485 C.P.O.), unanfechtbar. Das Gesetz will die Streitigkeiten über das Vorhandensein einer Klagänderung thunlichst abkürzen, ihnen nur eine einzige Instanz eröffnen, falls sie gegen den Beklagten entschieden werden (Protokolle der Reichstagskommission S. 541 flg.). Daß eine Klagänderung nicht vorliege, steht mithin fest; und eben deshalb läßt sich in der zweitinstanzlichen Entscheidung ein Verstoß gegen §. 489 C.P.O.

nicht erblicken. Diese Vorschrift wäre nur dann verletzt, wenn die zweite Instanz eine Klagänderung als vorhanden angenommen und dieselbe zugelassen hätte."[1]

---

## 119. Bilden die schlechte Vermögenslage des Schuldners und die drohende Konkurrenz anderer Gläubiger einen genügenden Arrestgrund im Sinne von §. 797 C.P.O.?

II. Civilsenat. Urt. v. 25. Februar 1881 i. S. B. (Bekl.) w. F. (Kl.) Rep. II. 428/80.

I. Landgericht Konstanz.
II. Oberlandesgericht Karlsruhe.

Auf Antrag des Gläubigers B. wurde für die Summe von 34 000 M. dinglicher Arrest auf die Fahrnis des F. angeordnet. F. geriet bald darauf in Konkurs und namens der Konkursmasse wurde der Arrest als ungerechtfertigt angefochten, weil ein genügender Arrestgrund nicht vorgelegen habe. In zwei Instanzen wurde diesem Begehren gemäß erkannt und die eingelegte Revision zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

„In §. 797 C.P.O. ist bestimmt, daß der dingliche Arrest stattfinde, wenn zu besorgen sei, daß ohne dessen Verhängung die Vollstreckung des Urteils vereitelt oder wesentlich erschwert werde.

Über Sinn und Tragweite dieser Bestimmung geben weder die Motive des Gesetzentwurfes noch die Kommissions- und Reichstagsverhandlungen näheren Aufschluß. Faßt man die früheren gesetzlichen Bestimmungen ins Auge, welche mutmaßlich zu Grunde liegen, so können in Betracht kommen: zunächst Art. 611 der bayer. Prozeßordnung, welcher fast wörtlich mit §. 797 C.P.O. übereinstimmt und demselben offenbar als Vorbild gedient hat, und sodann die §§. 1. 30 und 47

[1] S. oben Nr. 102 S. 371.

der preuß. A.G.O. I. 29, in welchen von der Besorgnis die Rede ist, daß der Schuldner Vermögensstücke beseitige und dem Gläubiger das Objekt seiner künftigen Befriedigung entziehe. Sowohl nach preuß. Prozeßrechte (A.G.O. I. 29 §. 87) als nach bayer. Prozeßrechte begründete der Arrest kein Vorzugsrecht vor anderen Gläubigern; sein Zweck war bloß, dem Schuldner die Möglichkeit zu entziehen über die Vermögensstücke zu verfügen oder dieselben zu beseitigen, und sonstigen Zwecken konnte er der Natur der Sache nach nicht dienen. Erst dadurch, daß die Reichs-Civilprozeßordnung in §. 810 mit der Arrestanlage ein Pfandrecht verband, entstand ein Interesse für die Gläubiger, die Arrestanlage auch dazu zu benutzen, um sich vor anderen Gläubigern ein Vorzugsrecht zu verschaffen, beziehungsweise zu verhüten, daß andere Gläubiger durch Zwangsvollstreckung sich den Vorzug sicherten.

Es fragt sich nun, ob anzunehmen, daß das Gesetz, indem es besagtes Pfandrecht verlieh, beabsichtigt haben könne, den Grund und Zweck des Arrestes zu ändern und in demselben das Mittel zu gewähren, den Vorzug vor konkurrierenden Gläubigern zu gewinnen.

Nach allgemeinen Rechtsprincipien und dem vermutbaren Zweck des Gesetzes ist diese Frage zu verneinen und vielmehr umgekehrt zu folgern, daß gerade deshalb, weil jetzt mit der Arrestanlage ein Pfandrecht verbunden ist, es um so mehr nötig und dem vermutbaren Willen des Gesetzes entsprechend erscheint, den Arrest streng auf solche Fälle zu beschränken, wo Gefahr vorliegt, daß der Schuldner (unter Umständen auch ein unberechtigter Dritter) Vermögensstücke beseitige, beziehungsweise dem Zugriffe der Gläubiger entziehe.

Auch die Reichs-Konkursordnung geht im allgemeinen von dem Grundsatze aus, daß das Vermögen des Schuldners das gemeinsame Pfand aller Gläubiger sei, und gibt dem einzelnen Gläubiger das Mittel, eine ausgleichende, die Interessen aller Gläubiger berücksichtigende Befriedigung herbeizuführen, dadurch, daß es ihn befugt erklärt, im Falle der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners die Eröffnung des Konkurses zu beantragen (§§. 2. 94 und 95 K.O.).

So lange eine Zahlungsunfähigkeit nicht vorliegt oder nicht zu Tage tritt, ist es nun allerdings dem einzelnen Gläubiger gestattet, sich durch Zugriff auf das Vermögen des Schuldners einen Vorzug vor anderen Gläubigern zu verschaffen, aber der Regel nach doch nur unter der Voraussetzung, daß er eine exekutionsreife Forderung hat und im

Wege der ordnungsmäßigen Zwangsvollstreckung Vermögensstücke des Schuldners zu seiner Befriedigung in Beschlag nimmt (§. 709 C.P.O.). Es kann unmöglich Wille des Gesetzes sein, daß eine gleich allgemeine Befugnis auch solchen Gläubigern zu Teil werde, deren Forderungen nach Bestand und Betrag noch ungewiß, ja nicht einmal fällig sind; dies würde aber der Fall sein, wollte man auch die drohende Konkurrenz anderer Gläubiger als Arrestgrund gelten lassen. Jeder derartige Gläubiger würde auf Grund der Thatsache, daß andere Gläubiger Urteil erwirkten und im Begriffe stehen zur Zwangsvollstreckung zu schreiten, schnell Arrest anlegen und hierdurch den Vorrang vor diesen Gläubigern sich sichern können, der ihm nach allgemeinen Rechtsprincipien offenbar nicht gebührt.

Hieraus erhellt, daß §. 797 a. a. O., wenn er von Vereitelung oder wesentlicher Erschwerung der Vollstreckung spricht, nur diejenige Vollstreckung im Auge hat, welche auf dem ordnungsmäßigen Wege hätte erlangt werden können, und sein Zweck nur ist, Handlungen des Schuldners oder dritter Personen zu verhindern, welche diese Vollstreckung zu vereiteln suchen. Das Gesetz trifft daher hauptsächlich nur Fälle, in denen durch die Arrestanlage Vermögensobjekte, die ohne dieselbe für die Gläubiger verloren gewesen wären, erhalten werden, und so aufgefaßt erhält auch die Bestimmung, daß die bloße Arrestanlage ein Pfandrecht bewirkt, welche außerdem ganz ungerechtfertigt wäre, ihre Grundlage.

Wenn daher das angefochtene Urteil ausspricht, die schlimme Vermögenslage des Schuldners und die gerichtliche Verfolgung anderer Gläubiger seien an und für sich nicht geeignet, eine Arrestanlage zu rechtfertigen, sowie, es bezwecke der Arrest blos Schutz gegen gefährdende Handlungen des Schuldners oder unberechtigter Dritter, aber nicht gegen die Konkurrenz anderer Gläubiger, so ist diese Ansicht eine ganz richtige, dem Sinne des §. 797 C.P.O. entsprechende."

---

## 120. Schätzung eines Vermögensinteresses bei der Klage einer Genossenschaft auf Herausgabe ihrer Geschäftsbücher.

C.P.O. §. 3.

III. Civilsenat. Urt. v. 17. Dezember 1880 i. S. V.-Verein zu A. (Kl.) w. L. B. u. Gen. (Bekl.) Rep. III. 629/80.

I. Landgericht Gießen.
II. Oberlandesgericht Darmstadt.

Die Entscheidung ist oben Nr. 29 S. 94 abgedruckt.

---

## 121. Berechnung der Revisionssumme nach dem höheren Werte des Kaufobjektes anstatt nach dem Kaufpreise? Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsfrist wegen Verhinderung der Prozeßvertreter?

III. Civilsenat. Urt. v. 7. Januar i. S. Eheleute C. F. (Bekl.) w. H. S. IV (Kl.). Rep. III. 650/80.

I. Landgericht Gießen.
II. Oberlandesgericht Darmstadt.

Die Beklagten und Revisionskläger stritten im Armenrechte. Dem ihnen in erster Instanz beigegebenen Armenanwalte war das die Beklagten nach dem Klagantrage verurteilende Landgerichtserkenntnis am 5. April 1880 zugestellt worden. Rechtzeitig suchten die Beklagten um Zulassung zum Armenrechte in zweiter Instanz nach. Der ihnen am 21./23. April zur Einlegung und Ausführung der Berufung bestellte Rechtsanwalt H. zu Darmstadt wendete sich sofort an den Offizialanwalt erster Instanz um Mitteilung der Handakten; das Schreiben ging jedoch, weil mit Porto belastet, uneröffnet zurück. Als sich demnächst Rechtsanwalt H. durch Einsicht der Gerichtsakten überzeugte, daß das Urteil erster Instanz bereits zugestellt sei, war die Notfrist zur Einlegung der Berufung abgelaufen. Das eingereichte Gesuch um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wurde vom Oberlandesgericht verworfen. Zur Rechtfertigung der Revision wurde ausgeführt:

„Die Revisionsfähigkeit der Sache ergebe sich daraus, daß die Beklagten den streitigen Kaufvertrag nur unter der Voraussetzung für rechtsverbindlich erachteten, daß der Kläger — der getroffenen Abrede

gemäß — den bereits erzielten Mehrerlös der Hofraithe herausgebe und auch den etwaigen Mehrerlös aus den übrigen Grundstücken zur Tilgung der Schulden der Beklagten und Revisionskläger verwende. Jener allein betrage aber zugestandenermaßen schon 1 850 M., es übersteige somit der Wert des Beschwerdeobjekts weitaus die Revisionssumme. Zur Sache erscheine es als ein unabwendbarer Zufall im Sinne des §. 211 C.P.O. sowohl für die Beklagten als deren Prozeßvertreter in der Berufungsinstanz, daß sie, wie hinreichend bescheinigt, von der am 5. April 1880 erfolgten Zustellung des Landesgerichtsurteiles vom 12. März 1880 an den Prozeßbevollmächtigten erster Instanz erst im Juni 1880 bei Einsicht der Gerichtsakten Kenntnis erlangt hätten."

Das Reichsgericht wies die Revision zurück aus folgenden

Gründen:

„1. Mit Unrecht bestreitet der Revisionsbeklagte die Erwachsenheit der Sache. Zwar beträgt der Kaufpreis der fraglichen Immobilien nur 1 420 M.; allein die Beklagten und Revisionskläger weigern sich, den mit dem Kläger abgeschlossenen Kaufvertrag zu erfüllen, wenn nicht in dem gerichtlich auszufertigenden Kaufbriefe die von ihnen behaupteten weiteren Abreden aufgenommen würden, inhaltlich deren Kläger sich verpflichtet haben soll, die Hofraithe nebst Hausgärten demnächst unentgeltlich auf die Kinder der Verkäufer übergehen zu lassen und den etwaigen Mehrerlös der übrigen Grundstücke zur Tilgung von Schulden der Verkäufer zu verwenden. Nun ist es nicht bestritten, daß Kläger die Hofraithe allein bereits um 1 850 M. anderweit verkauft hat, während das Vorbringen der Beklagten im übrigen durch die mit der Berufungsschrift vorgelegte Abschrift der ersten Kaufnotel vom 3. Februar 1879 hinreichend bescheinigt wird. Es mag dahingestellt bleiben, ob der Wert des Streitgegenstandes durch Einreden des Beklagten erhöht werden kann; denn in einem Fall der vorliegenden Art kommt überhaupt nicht der Kaufpreis, beziehungsweise der Wert derjenigen Leistungen, zu denen sich der klagende Käufer erbietet, sondern nur der bescheinigte höhere Wert des Kaufgegenstandes, den der beklagte Verkäufer herausgeben soll, als Beschwerdeobjekt in Betracht. Dieser höhere Wert muß, unter den hier obwaltenden Verhältnissen, für die Zeit der Klagerhebung auf mindestens 1 850 M. angeschlagen werden.

2. Dagegen war die Beschwerde in der Hauptsache als unbegründet zu verwerfen.

Nach der eigenen Behauptung der Revisionskläger ist das Landgerichtsurteil vom 12. März 1880 dem ihnen in erster Instanz beigeordneten Vertreter, Rechtsanwalt W., schon am 5. April 1880 von dem Gegenanwalt ordnungsmäßig zugestellt worden. Diese Zustellung an den Prozeßbevollmächtigten, der nach §. 81 C.P.O. die Partei repräsentiert, wirkte ohne weiteres gegen die letztere. Es kommt überall nichts darauf an, ob der gedachte Anwalt seine Partei von der Zustellung in Kenntnis setzte oder nicht, vielmehr ist für die Statthaftigkeit des Gesuches um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand allein entscheidend, ob jener Vertreter durch einen unabwendbaren Zufall im Sinne des §. 211 C.P.O. verhindert war, die geeigneten Schritte zur Einhaltung der Berufungsfrist zu thun. Eine derartige Verhinderung ist von den Revisionsklägern nicht einmal behauptet, noch weniger glaubhaft zu machen versucht worden.

Legt man jedoch das Hauptgewicht nicht sowohl auf die Unthätigkeit des Prozeßbevollmächtigten erster Instanz, als auf eine etwaige Verhinderung des den Revisionsklägern in zweiter Instanz durch Verfügung vom 21./23. April 1880 beigeordneten Rechtsanwaltes H., so konnte auch dieser nach den Umständen des Falles Vorkehrungen zur Wahrung der damals noch im Laufe befindlichen Notfrist treffen. Er konnte dies ebensowohl dadurch, daß er das an den Anwalt erster Instanz gerichtete Schreiben vom 24. April 1880 portofrei absendete, wie auch dadurch, daß er sofort nach seiner Bestellung als Vertreter der Beklagten das Rechtsmittel der Berufung vorsorglich einlegte.

Ob den genannten Vertretern die Nichteinhaltung der Berufungsfrist zum Verschulden gereiche, ist nicht weiter zu untersuchen. Denn auf den Mangel eines Verschuldens der Prozeßbevollmächtigten oder auch der Partei allein kann ein Restitutionsgesuch wegen Ablaufs einer Notfrist nicht gestützt werden, es ist vielmehr die Abwesenheit eines solchen Verschuldens nur eine der Voraussetzungen, welche nach §. 211 C.P.O. zur Wiedereinsetzung in den vorigen Stand berechtigt." ...

**122. Findet nach §. 509 Ziff. 1 C.P.O. die Revision ohne Rücksicht auf den Wert des Beschwerdegegenstandes statt, gleichviel, ob das Oberlandesgericht den Rechtsweg ausgeschlossen oder zugelassen, das Erkenntnis erster Instanz bestätigt oder abgeändert hat?**

**Ist bei Zurückweisung der Revisionsbeschwerde wegen angeblicher Unzulässigkeit des Rechtsweges auf die Beschwerde in der Hauptsache einzugehen, wenn deren Gegenstand den Betrag von 1500 Mark nicht übersteigt?**

C.P.O. §. 8.

III. Civilsenat. Urt. v. 26. November 1880 i. S. Chr. R. (Bekl.) w. G. R. (Kl.) Rep. III. 641/80.

I. Landgericht Gießen.
II. Oberlandesgericht Darmstadt.

Mehrere Personen hatten im Jahre 1875 zwei Gemeindejagden für ein jährliches Bestandgeld von 125 Thlr. auf die Dauer von sechs Jahren gepachtet. Einer dieser Pachter starb im Herbste 1879. Nun verlangte dessen Sohn und Erbe Aufnahme in die Jagdgemeinschaft. Während einer der Mitpachter hiergegen protestierte, beantragten die verpachtenden Gemeinden bei der vorgesetzten Verwaltungsbehörde, den Erben des verstorbenen Jagdbeständers an der Stelle seines Vaters als Jagdteilhaber anzunehmen, anderenfalls aber mit Bezug auf die Bedingungen des Pachtvertrages diesen für erloschen zu erklären. Das Kreisamt wies jedoch beide Anträge zurück.

Nunmehr beschritt der gedachte Sohn und Erbe den Rechtsweg und wurde der beklagte Mitpachter in beiden Vorinstanzen, unter Verwerfung der vorgeschützten Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges, klaggemäß verurteilt:

„anzuerkennen, daß Kläger berechtigt sei, in den zwischen seinem Vater und den übrigen Mitpachtern der streitigen Gemeindejagden einerseits und den Gemeinden ꝛc ꝛc andererseits abgeschlossenen Jagdpachtvertrag einzutreten."

Die Revisionsbeschwerden des Beklagten wurden verworfen und zwar die eventuell zur Hauptsache erhobene wegen mangelnder Revisionssumme.

Aus den Gründen:

„1. Nach §. 509 Ziff. 1 C.P.O. findet die Revision ohne Rücksicht auf den Wert des Beschwerdegegenstandes statt, insoweit es sich um die Unzulässigkeit des Rechtsweges handelt. Diese Ausnahme von der Regel des §. 508 C.P.O. tritt nach richtiger Auslegung jener Vorschrift nicht bloß dann ein, wenn das Oberlandesgericht den Rechtsweg ausgeschlossen, sondern auch dann, wenn es denselben, wie hier, zugelassen hat und ohne Unterschied, ob das Berufungsgericht das Erkenntnis erster Instanz bestätigte oder abänderte (vgl. Protokolle der Justizkommission S. 250).

Ist hiernach im vorliegenden Falle die Zulässigkeit des Rechtsweges auch in dritter Instanz zu prüfen, so kann diese Frage nicht, wie Revisionsbeklagter behauptet, deshalb als erledigt betrachtet werden, weil das Berufungsurteil die Verfügung der Verwaltungsbehörde vom 29. Dezember 1879 auslege und gegen die Interpretation einer Urkunde das Rechtsmittel der Revision nicht gegeben sei. Denn das Oberlandesgericht gelangt zu der Feststellung des Sinnes des gedachten kreisamtlichen Erlasses teils durch Heranziehung der Jagdpachtbedingungen, teils durch Bezugnahme auf das Landesgesetz vom 26. Juli 1848, teils endlich durch Bezugnahme auf die privatrechtliche Natur des verfolgten Anspruches und auf die Berufung der ordentlichen Gerichte zur Verhandlung und Entscheidung derartiger Streitigkeiten überhaupt, also zugleich aus Rechtsgründen, deren Nachprüfung in der Revisionsinstanz nur in den §§. 511 und 525 C.P.O. eine Schranke findet. . . .

Sachlich ist das Berufungsurteil gerechtfertigt. . . .

2. Bei der Zurückweisung der Revisionsbeschwerde wegen angeblicher Unzulässigkeit des Rechtsweges als unbegründet erhebt sich die Frage, ob der Beschwerdegegenstand in der Hauptsache den Betrag von 1 500 M. übersteige (§. 508 C.P.O.). Denn ohne Rücksicht auf diesen Wert ist nach dem schon angezogenen §. 509 C.P.O. die Revision nur statthaft, insoweit solche die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit des Rechtsweges betrifft. Auf die Erörterung und Entscheidung dieser Prozeßvoraussetzung hat sich daher das Revisionsgericht zu beschränken, wenn bezüglich der anderen an dasselbe gebrachten Streitpunkte die Beschwerdesumme nicht vorhanden ist. Würde durch die Beschwerde über die Unzulässigkeit des Rechtsweges die Sache in ihrem vollen Umfange an die dritte Instanz erwachsen, so könnte jeder zur landgericht-

lichen Kompetenz gehörige Prozeß über klag- oder einredeweise verfolgte vermögensrechtliche Ansprüche dadurch revisibel gemacht werden, daß die eine oder andere Partei die Zulässigkeit des Rechtsweges bestreitet.

Nun hat der Beklagte und Revisionskläger in der Klagbeantwortung und Berufungsschrift den Wert des Streitgegenstandes auf 724 M. angegeben, während er jetzt ausführt, daß derselbe den Wert von 2 300 M. erreiche. Die Vorinstanzen haben dagegen übereinstimmend mit Bezug auf §. 8 C.P.O. das Jagdbestandgeld für die Dauer von zwei Jahren, also 250 M., als Streitobjekt bezeichnet.

Der §. 8 C.P.O. läßt, wenn das Bestehen oder die Dauer eines Pachtverhältnisses streitig ist, für die Wertsberechnung den Betrag des auf die gesamte streitige Zeit fallenden Zinses entscheiden. Ihrem Wortlaute nach redet diese Vorschrift nicht von dem Falle, wenn das Pachtverhältnis zwischen mehreren Beständern beziehungsweise deren Erben in Frage kommt und der Streit sich nicht sowohl um das Bestehen und die Dauer des Pachtvertrages, als vielmehr darum dreht, ob dem Erben eines Mitpachters der Eintritt in das Rechtsverhältnis des Erblassers den Mitpachtern gegenüber zu gestatten sei. Ob jedoch der §. 8 C.P.O. seinem Geiste nach auch für Streitigkeiten der letzteren Art heranzuziehen sei, kann dahingestellt bleiben, da selbst, wenn man dies verneint und auf die Wertsberechnung des Revisionsklägers eingeht, kein Zweifel darüber besteht, daß der Beschwerdegegenstand 1 500 M. nicht übersteigt." ...

---

## 123. Kann die Revision auf Verletzung des gemeinen deutschen Rechtes, insbesondere deutschrechtlicher Grundsätze, über die eheliche Errungenschaftsgemeinschaft gestützt werden?

§. 511 C.P.O. §. 1. 2 der Kaiserl. Verordn. v. 28. Sept. 1879 (R.G.Bl. S. 299).

III. Civilsenat. Urt. v. 10. Dezember 1880 i. S. Ehefrau E. Z. (Kl.) w. W. G. (Bekl.). Rep. III. 632/80.

I. Landgericht Kassel.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Das Urteil ist oben Nr. 57 S. 203 abgedruckt.

---

## 124. Kann die Entscheidung, ob ein im Korrespondenzwege abgeschlossener Vertrag einen Lieferungsvertrag oder eine Einkaufskommission enthalte, mit der Revision angefochten werden?

I. Civilsenat. Urt. v. 5. Januar 1881 in S. A. D. & Co. (Kl.) w. T. (Bekl.) Rep. I. 854/80.

I. Landgericht I Berlin.
II. Kammergericht daselbst.

Die Entscheidung ist oben Nr. 33 S. 109 abgedruckt.

---

## 125. Inwiefern läßt sich ein Berufungsurteil, welches auf Annahme bestimmter Bedeutung einer Urkunde beruht, mit Erfolg durch das Rechtsmittel der Revision angreifen?

I. Civilsenat. Urt. v. 12. Januar 1881 i. S. Witwe O. (Kl.) w. Feuer-Versicherungsgesellschaft zu B. (Bekl.) Rep. I. 859/80.

I. Landgericht Potsdam.
II. Kammergericht Berlin.

Aus den Gründen:

„Die von der Klägerin eingelegte Revision ist gegründet.

Das angegriffene Urteil beruht lediglich auf der Annahme des Berufungsgerichts, daß allgemeine Bedingungen in Versicherungspolicen von der Fassung, wie diejenige der §§. 5. 6. 13 in der klagefundamentalen Police, die rechtsgeschäftliche Bedeutung hätten, das Nichtentstehen, beziehungsweise das Erlöschen der Haftpflicht der Versicherungsgesellschaft abhängig zu machen von dem rein äußerlichen Dasein der darin gekennzeichneten Thatsachen.

Diese Annahme ist eine unrichtige, auf Fehlschlüssen (welche eine Rechtsnormenverletzung der Art, daß sie einen durchgreifenden Revisionsgrund herstellt, in sich schließen) beruhende.

In der Civilprozeßordnung ist (in Übereinstimmung mit dem am 29. September 1874 dem Reichstage vorgelegten Civilprozeßord-

nungsentwurfe) der (in den §§. 479 und 495 des in dem Jahre 1872 verfaßten Entwurfes einer Civilprozeßordnung normierte) Grundsatz nicht ausgesprochen, daß das Rechtsmittel der Revision nicht nur auf die Rüge einer der angegriffenen Entscheidung zu Grunde liegenden Gesetzesverletzung, sondern auch auf die Rüge einer entscheidungsfundamentalen unrichtigen Auslegung von Urkunden über ein Rechtsgeschäft gestützt werden könne, und daß letzterenfalls das Revisionsgericht, wenn die Sache sonst zur Endentscheidung reif sei, auf Grund der von ihm für richtig erachteten Urkundsbedeutung in der Sache selbst zu erkennen, entgegengesetzenfalls aber die Sache an den (durch die Urkundsinterpretation des Revisionsgerichts gebundenen) Vorrichter zurückzuverweisen habe.

In den §§. 511. 512 C.P.O. ist bestimmt, die Revision könne nur darauf gestützt werden, daß die angegriffene Entscheidung auf Nichtanwendung oder unrichtiger Anwendung einer Rechtsnorm beruhe, welche sich aus den Reichsgesetzen oder solchen sonstigen Gesetzen ergebe, deren Geltungsbereich sich über den Bezirk des Berufungsgerichts hinauserstrecke. Der Ausdruck „Gesetz" in diesem Grundsatz bedeutet jede Quelle objektiven Rechts.

Nach §. 6 des Einführungsgesetzes zur Civilprozeßordnung ist jener Grundsatz dahin modifiziert, daß (mit Zustimmung des Bundesrats) durch Kaiserliche Verordnungen, welche dem Reichstage bei dessen (nach dem Erlaß einer solchen Verordnung) nächstem Zusammentreten zur Genehmigung vorzulegen sind und, im Fall der Genehmigung, nur durch Reichsgesetz abgeändert oder aufgehoben werden können, bestimmt werden dürfe:

1. daß die Verletzung von Gesetzen, obgleich sich deren Geltungsbereich über den Bezirk des Berufungsgerichts hinauserstrecke, die Revision nicht begründe;
2. daß die Verletzung von Gesetzen, obgleich deren Geltungsbereich sich nicht über den Bezirk des Berufungsgerichts hinauserstrecke, die Revision begründe.

Verfehlt wäre es indessen, aus der Fassung der vorangeführten Bestimmungen der Civilprozeßordnung in Verknüpfung mit der Abweichung derselben von der oben angegebenen Fassung des Entwurfes vom Jahre 1872, zu folgern, daß nach dem gegenwärtigen Civilprozeßrecht das

Rechtsmittel der Revision einen für den Revidenten günstigen Erfolg bei keinem Berufungsurteil erzielen könne, welches beruhe auf der Annahme eines bestimmten Sinnes einer ausgelegten Urkunde über ein Rechtsgeschäft oder einen Rechtsakt.

Nach den Bestimmungen der jetzt geltenden Civilprozeßgesetze muß vielmehr der Revisionsangriff durchgreifen, wenn

1. die Urkundenauslegung des Berufungsgerichts nicht eine auf nur faktischen Erwägungen beruhende, rein thatsächliche Feststellung enthält, sondern durch juristische Reflexionen beherrscht wird, welche zur Nichtanwendung oder unrichtigen Anwendung einer (in den durch die §§. 511. 512 C.P.O. gekennzeichneten, nicht unter die Ausnahmebestimmung der Ziff. 1 des §. 6 des oben herangezogenen Einführungsgesetzes fallenden, oder in den unter Ziff. 2 des letztgenannten §. 6 berührten objektiven Rechtsquellen, sei es ausdrücklich ausgesprochenen, sei es durch deren Geist gebotenen) Rechtsnorm geführt hat;
2. das angegriffene Urteil selbst nicht im Sinne des §. 526 C.P.O. aus anderen Gründen sich als richtig darstellt.

Nirgendwie wird eine sichere Grundlage für den Schluß auf die Thätigung einer rein thatsächlichen Feststellung seitens des Berufungsgerichts dadurch gegeben, daß dieses Gericht zu der Annahme der Bedeutung der als Prozeßstoff vorliegenden Urkunde durch Reflexionen über die in derselben gebrauchten Ausdrücke und ihre Gliederung gelangt ist. Es kann vielmehr auch dann (bei genauer Analyse des angegriffenen Berufungsurteils) sich ergeben, daß (obwohl solches, etwa wegen kurzer Gründefassung, nicht auf den ersten Anblick in das Auge sprang) doch seitens des Berufungsgerichts in Wirklichkeit bei der Auslegung ein Schluß gethätigt ist, in welchem zwei Momente sich verknüpfen, nämlich

1. die Fixierung eines Obersatzes, bestehend in einer dahingehenden Rechtsnorm, daß Willenserklärungen, welche so gethätigt seien, wie die vorliegend beurkundeten, ein Rechtsgeschäft oder einen Rechtsakt von bestimmter juristischer Individualität, beziehungsweise ein besonderes Moment eines solchen Rechtsgeschäftes oder Rechtsaktes von bestimmter Rechtsnatur und Wirkung konstituierten;
2. das (durch Subsumtion der einzelnen zu interpretierenden Urkunde unter jenen Obersatz gewonnene) Ergebnis, daß in dem Urkunds-

inhalte alle wesentlichen Merkmale des in dem Obersatz normierten objektivrechtlichen Thatbestandes reell enthalten seien.

In einem solchen Falle ist die nur auf einer solchen Operation beruhende Entscheidung in der begründeten Weise hinfällig, wenn der von dem Berufungsgericht angenommene Obersatz dem Geiste derjenigen objektiven Rechtsquellen widerspricht, deren Verletzung einen Revisionsgrund herstellt.

Besonders häufig werden Fälle der gekennzeichneten Art in das Dasein treten bei Rechtsstreitigkeiten, in denen es, wie in dem vorliegenden Prozesse, auf die Bedeutung allgemeiner Bedingungen ankommt, welche von Gesellschaften, deren Zweck das kontinuierliche Eingehen einer Gattung von Rechtsgeschäften ist, im voraus für alle diese Geschäfte abgefaßt und an sich bestimmt sind, gewissen objektivrechtlichen Thatbeständen zu entsprechen.

Die Anwendung der entwickelten Grundsätze wird an und für sich noch nicht dadurch ausgeschlossen, daß das Berufungsgericht (bei seiner Reflexion zum Zweck der Feststellung des Sinnes der auszulegenden Urkunde) Gesichtspunkte heranzieht, welche aus vermeintlicher Kenntnis der Wissenschaften, der Geschichte oder der Lebensverhältnisse entnommen sind; denn solche Mittel der Belebung und Vertiefung des Nachdenkens dienen auch zum richtigen Erfassen des Wesens von Rechtsnormen. Ja, es ist nicht unbedingt ausgeschlossen, daß jene Grundsätze Platz greifen, wenn bei der Feststellung der Urkundsbedeutung auf festgestellte thatsächliche Ergebnisse einer Beweisaufnahme oder des prozessualen Parteiverhaltens gerücksichtigt ist. Auch diese können, obwohl sie für sich richtig, beziehungsweise für sich von dem Revisionsgericht nicht nachprüfbar sein mögen, zur Feststellung des bei der Auslegung verwerteten unrichtigen objektiv rechtlichen Obersatzes geführt haben, zum Beispiel, wenn mündliche rechtsgeschäftliche Erklärungen, welche sich mit den urkundlich fixierten als Verkörperung eines Rechtsgeschäftes zusammengliedern, in dieser Verknüpfung (untrennbar mit der Urkunde), als die wesentlichen Merkmale des objektiv rechtlichen Thatbestandes eines bestimmten Rechtsgeschäftes enthaltend, erachtet sind.

Diese Grundsätze liegen bereits ersichtlich der von dem III. Civilsenat des Reichsgerichts gefällten Entscheidung (Bd. 1 Nr. 123 S. 340) zu Grunde."

Es wird sodann auf das in der vorstehenden Nummer erwähnte Ur-

teil des I. Civilsenats vom 5. Januar 1880 (s. o. Nr. 33 S. 109) Bezug genommen und darauf hingewiesen, daß in den dort citierten Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts gerade die gewiegte Kenntnis des Lebensverhältnisses dafür verwertet ist, „um den Schluß zu ziehen, daß in den gethätigten urkundlichen Erklärungen die objektiv rechtlichen Merkmale des Kaufes und nicht der Einkaufskommission vorlägen."

Es wird hierauf fortgefahren: „In der erwähnten Entscheidung des Reichsgerichts ist nach Feststellung des richtigen Obersatzes (bei der sonst vorhandenen Spruchreife des Falles) eine Endentscheidung gefällt. Es folgt aber (aus den entwickelten Principien und den §§. 524. 526. 528 Nr. 1 C.P.O.), daß, wenn ein Fall der gekennzeichneten Art nicht zur Endentscheidung spruchreif ist und deswegen an das Berufungsgericht zurückverwiesen wird, letzteres durch den vom Revisionsgerichte festgestellten Obersatz gebunden wird. —

In dem vorliegenden Streitfall steht in Frage das Rechtsverhältnis aus einem eine Versicherung gegen Prämie betreffenden Vertrage und die Auslegung der betreffenden Versicherungspolice, also die Auslegung einer Urkunde über ein Handelsgeschäft, welches, als solches, den rechtsgesetzlichen Principien des Handelsgesetzbuches unterliegt. Es ist daher, um die erkannte Aufhebung des im Wege der Revision von der Klägerin angegriffenen Berufungsurteils und die Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht zu rechtfertigen, nur nötig klarzulegen, daß das angegriffene Urteil auf einer juristischen Operation der oben gekennzeichneten Art beruht; daß diese Operation zu einer unrichtigen Auslegung der klagefundamentalen Police vermöge der Feststellung eines nach dem Geiste des Handelsgesetzbuches unrichtigen Obersatzes geführt hat; daß das Urteil selbst nicht aus anderen Gründen aufrechterhalten werden kann (also die Revision nicht deswegen zurückzuweisen ist); daß schließlich die Sache auch sonst nicht zur Endentscheidung reif ist."

In den weiteren Entscheidungsgründen ist dann ausgeführt, daß die gekennzeichneten Voraussetzungen vorliegen.

## 126. 1. Statthaftigkeit der Revision, wenn ein Eidesantrag wegen mangelnder thatsächlicher Substanziierung verworfen wurde.
## 2. Eidesantrag über das Wissen einer Thatsache, beziehungsweise über das Wissen der fraudulösen Absicht des Verkäufers.

III. Civilsenat. Urt. v. 4. Februar 1881 i. S. W. (Bekl.) w. F. (Kl.) Rep. III. 667/80.

I. Landgericht Kassel.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Aus den Gründen:

„Der Eidesantrag, in dessen Zurückweisung die Revisionsklägerin eine Gesetzesverletzung erblickt, lautete nach dem Thatbestande des Berufungsurteiles dahin, „daß der Vertrag vom 19. Dezember 1879 in der dem Kläger bekannten Absicht des O., dessen Gläubiger zu benachteiligen, geschlossen sei." Zurückgewiesen wurde dieser Eidesantrag unter Beziehung auf §. 410 C.P.O. im Berufungsurteil deshalb, „weil er keine Thatsachen treffe, welche die fraudulöse Absicht des Verkäufers und die Kenntnis des Käufers erkennbar machen."

Zunächst kann die Statthaftigkeit der auf diese Zurückweisung gestützten Revision nicht darum beanstandet werden, weil die angegriffene Entscheidung des Berufungsrichters auf einer bloßen thatsächlichen Würdigung beruhe und im Grunde nicht mehr besage, als daß der fragliche Eidesantrag nicht genügend substanziiert sei. Allerdings sind thatsächliche Würdigungen und Feststellungen der Nachprüfung durch den Revisionsrichter regelmäßig entzogen. Hier aber handelt es sich nicht um Beweisfragen, auch nicht um die Feststellung und Auslegung eines Parteivorbringens, sondern ausschließlich um die Frage, ob der §. 410 C.P.O. seine richtige Anwendung erhalten hat.

Dieser Paragraph stellt die Bedingungen der Eideszuschiebung in objektiver Beziehung fest. Er bezeichnet die Thatsachen, über welche ein Eid zugeschoben werden kann. Hält der Richter eine Thatsache als nicht geeignet für einen Eidesantrag, so ist die Kontroverse, die darüber entsteht, ein Streit, ob der Richter die in §. 410 C.P.O. aufgestellten Voraussetzungen der Eideszuschiebung verletzt habe oder nicht, mit anderen Worten, ob er diese Bestimmung des Prozeßrechtes richtig angewendet habe. Auf den Grund, aus welchem der Richter die That-

sache, worüber der Eid zugeschoben, als hierzu geeignet oder ungeeignet erklärt hat, kann es nicht weiter ankommen. Ein zur Revision berechtigender Fall der Mißanwendung des §. 410 C.P.O. liegt immer vor, wenn eine Eideszuschiebung abgeschlagen oder angenommen wird, während sie bei richtiger Anwendung des §. 410 auf den konkreten Fall anzunehmen oder abzuschlagen gewesen wäre. Hiernach versteht es sich von selbst, daß ein zulässiger Revisionsgrund auch dadurch entstehen kann, daß der Richter einen Eidesantrag für thatsächlich nicht genügend substanziiert erklärt hat, welcher bei richtiger Auffassung und Anwendung des in Frage kommenden Prozeßgrundsatzes als ein dem Gesetze entsprechendes Eidesthema sich darstellen mußte.

Materiell muß die erhobene Revision für begründet erklärt werden, da sich die Zurückweisung des oben erwähnten Eidesantrages von dem durch §. 410 der C.P.O. vorgezeichneten Standpunkte aus nicht rechtfertigen läßt. In dieser Hinsicht kommt zunächst in Betracht, daß der Berufungsrichter aus anderweitigen Umständen entnommen und festgestellt hat, daß der Verkäufer der Häute in der That die Absicht gehabt habe, durch deren Verkauf seine Gläubiger zu benachteiligen. Von dem in dem Eidesantrag enthaltenen Faktum steht also der eine Teil, die fraudulöse Absicht des Verkäufers, fest, und der Berufungsrichter hatte gar nicht mehr in Erwägung zu nehmen, ob der Antrag auch Thatsachen enthalte, welche diese Absicht äußerlich erkennbar machen. Angesichts der erwähnten Feststellung war nur zu erwägen, ob dem Eidesantrage, insofern sich derselbe auf die Mitwissenschaft des Käufers bezieht, stattgegeben werden könne. Diese Frage aber durfte von dem Berufungsgericht nicht wie geschehen verneint werden.

Indem die C.P.O. die Eideszuschiebung nur über Thatsachen zuläßt, will sie Urteile, Begriffe ausgeschlossen wissen; dagegen gestattet sie, konform mit der seitherigen Rechtsprechung, eine Delation sowohl über äußere, als über innere Thatsachen. Als Thatsachen der letzteren Art heben die Motive der C.P.O. nur bona oder mala fides ausdrücklich hervor. Aber was hier von dem innerlichen Wollen gesagt wird, gilt gleichergestalt auch vom Wissen. Eine Verschiedenheit in der Beurteilung des Wollens und des Wissens, als eines Gegenstandes für Eideszuschiebungen ist nur insofern berechtigt, als das Wissen nicht wie das Wollen eine geistige Handlung des Delaten ist und darum nicht unter diejenigen Thatsachen fällt, welche der §. 410 C.P.O. zuerst be-

nennt. Das Wissen ist eine rezeptive Thätigkeit und in gewissem Maße gleichbedeutend mit Wahrnehmen; der Delat weiß eine Thatsache, wenn sie Gegenstand seiner Wahrnehmung geworden ist. Daß aber über Thatsachen, welche Gegenstand der Wahrnehmung des Delaten sind, ein Eid zugeschoben werden kann, ist im zweiten Teile des §. 410 C.P.O. unzweifelhaft ausgesprochen.

Selbstverständlich ist hierbei, daß die Thatsache, deren Wissen durch Eid konstatiert werden will, hinreichend bestimmt bezeichnet werden muß. Nicht aber auch ist der thatsächliche Entstehungsgrund dieses Wissens, die äußerlichen Umstände, durch welche der Delat zu seiner Wissenschaft gelangt sein soll, in den Eidesantrag mit aufzunehmen. Dieses letztere Erfordernis wird in den Worten des entscheidenden Gesetzesparagraphen nicht aufgestellt und auch durch allgemeine Gründe erscheint es nicht geboten; vielmehr hieße es die Natur innerlicher Vorgänge verkennen und die Möglichkeit der Eideszuschiebung über Gegenstände der Wahrnehmung in vielen Fällen abschneiden, wollte man verlangen, daß der Deferent nicht bloß die Thatsache, welche der Delat nach seiner Behauptung weiß, sondern auch die Umstände anzuführen habe, durch welche sie ihm bekannt geworden ist.

Dementsprechend ist der oben erwähnte Eidesantrag der Revisionsklägerin für gesetzlich zulässig zu erachten, somit das auf seiner Zurückweisung beruhende Urteil des Berufungsgerichtes aufzuheben. Hiernächst ist nach Maßgabe des §. 528 Abs. 2 in der Sache selbst und zwar folgendermaßen zu entscheiden:

Der Berufungsrichter hat festgestellt, daß der Kläger am 19. Dezember 1879 mit O. einen Kaufvertrag über die in Frage stehenden Häute abgeschlossen hat und daß dieser Vertrag ernstlich gemeint gewesen ist. Damit allein schon ist der in der Revisionsinstanz erhobene Einwand der Beklagten widerlegt, daß der Vertrag in Wirklichkeit keinen Kauf, sondern eine gesetzlich unzulässige Verpfändung der Häute beabsichtigt habe. Als Kauf betrachtet, ist der Vertrag nach §. 3 des Reichsgesetzes vom 21. Juli 1879 der Beklagten gegenüber unwirksam, wenn dem Kläger die Absicht des Verkäufers, seine Gläubiger durch denselben zu benachteiligen — welche Absicht der Berufungsrichter als thatsächlich vorhanden festgestellt hat — bekannt gewesen ist. Auf den Eid, welcher über dieses Bekanntsein dem Kläger zugeschoben wurde, ist zu erkennen. Neben diesem Eide muß aber derjenige Eid, auf welchen der Berufungs-

richter erkannt hat, in Wegfall kommen, weil es nach Ableistung jenes ersten Eides unerheblich wird, ob der Kläger und O. bei Abschluß des Vertrages die Benachteiligung der Gläubiger ausdrücklich verabredet haben, während, wenn durch Leistung des Eides feststeht, daß dem Kläger die auf Benachteiligung der Gläubiger gerichtete Absicht des O. unbekannt geblieben ist, von jener angeblichen Verabredung gar nicht mehr die Rede sein kann. Die weiteren Folgen des zugelassenen Eides ergeben sich aus dem festgestellten Sachverhältnisse von selbst."

---

## 127. Ist das Berufungsurteil im Sinne des §. 513 Nr. 7 C.P.O. nicht mit Gründen versehen, wenn der Berufungsrichter lediglich auf die Gründe des Urteiles erster Instanz Bezug nimmt?

I. Civilsenat. Urt. v. 12. Februar 1881 i. S. P. (Kl.) w. L. B. (Bekl.). Rep. I. 886/80.

I. Landgericht Lübeck.
II. Oberlandesgericht Hamburg.

Aus den Gründen:

„Die Klägerin hat das Berufungsurteil zunächst aus einem formellen Grunde angefochten. Der Thatbestand und die Gründe des angefochtenen Urteiles lauten nämlich wörtlich wie folgt:

Unter Bezugnahme auf den Thatbestand des Urteiles (erster Instanz) und die Berufungsschrift der Klägerin und in Erwägung, daß den von der Klägerin nicht widerlegten Entscheidungsgründen der vorigen Instanz lediglich beizustimmen ist, wird ... (folgt die Urteilsformel).

Es kann unerörtert bleiben, ob dieser auf das geringst mögliche Maß beschränkte Inhalt des Urteiles im übrigen empfehlenswert ist; eine Gesetzesverletzung ist dadurch nicht begangen. Daß der Thatbestand mit dem Gesetze nicht im Einklang stehe, ist nicht gerügt, auch nach dem Schlußsatze des §. 284 C.P.O. nicht anzunehmen. Die Klägerin rügt unter Bezugnahme auf §. 513 Nr. 7 C.P.O., daß die

angefochtene Entscheidung nicht mit Gründen versehen sei. Die preußische Verordnung über die Nichtigkeitsbeschwerde vom 14. Dezember 1833 stellt in §. 5 Nr. 9 dem gänzlichen Mangel aller Entscheidungsgründe die bloße Bezugnahme des Appellationsrichters auf die Gründe des ersten Urteiles ganz gleich. Es ist auch die Meinung ausgesprochen, daß dasselbe nach der Civilprozeßordnung gelte. Dies kann aber nicht angenommen werden. In den Ländern gemeinen Rechts war eine solche allgemeine Bezugnahme auf die Gründe der vorinstanzlichen Urteile zugelassen und in Übung; es ist auch nicht ersichtlich, daß die Absicht dahin gegangen sei, durch den §. 513 Nr. 7 C.P.O. jene Übung zu reprobieren. Unter der Voraussetzung, daß die Gründe des angefochtenen Urteils im vollen Umfange und ohne jede Ausnahme adoptiert werden, und daß der Prozeßstoff in der höheren Instanz genau derselbe ist, wie in der früheren Instanz, ist auch nicht abzusehen, warum eine Bezugnahme auf die Gründe der vorigen Instanz mit §. 513 Nr. 7 im Widerspruche stehen sollte. Die in Bezug genommenen Gründe der vorigen Instanz sind auch die Gründe der höheren Instanz; die Entscheidung der letzteren ist also mit Gründen versehen. Das gänzliche Verbot einer solchen Bezugnahme würde auch zu einem zwecklosen Formalismus führen und den höheren Richter nötigen, noch einmal ganz dasselbe auszuführen, was der vorige Richter bereits zutreffend ausgeführt hat. Anders würde die Sache liegen, wenn in der höheren Instanz auch nur ein einziges neues Moment vorgebracht wäre, welches der Beurteilung des vorigen Richters noch nicht unterlegen hat. Dann müßte der höhere Richter mindestens neben der Bezugnahme auf die Gründe der vorigen Instanz noch seine Beurteilung des neuen Vorbringens begründen, um nicht der Vorschrift im §. 513 Nr. 7 zu verfallen. Auch würde eine früher vielfach übliche Bezugnahme des höheren Richters auf die „im wesentlichen zutreffenden" Gründe der vorigen Instanz dem §. 513 Nr. 7 nicht entsprechen, da dann Zweifel darüber entstehen können, welche Gründe der vorigen Instanz der höhere Richter als die wesentlichen angesehen und adoptiert hat, und ob nicht bezüglich der von ihm nicht für wesentlich gehaltenen Gründe der vorigen Instanz Lücken in den Gründen der höheren Instanz anzunehmen seien, welche auf die Anwendung des §. 513 Nr. 7 führten.

Im vorliegenden Falle ist in zweiter Instanz nicht das geringste neue Moment vorgebracht, und der Berufungsrichter hat

die Gründe der ersten Instanz ohne jede Beschränkung und Ausnahme gebilligt. In solchem Falle würde ein übertriebener Formalismus auch keinen praktischen Zweck haben. Wenn der Revisionsrichter die vom Berufungsrichter gebilligten Gründe der ersten Instanz auch billigt, dann würde, wenn auch in jener allgemeinen Bezugnahme eine Gesetzverletzung gefunden würde, die Revision doch nach §. 526 C.P.O. zurückzuweisen sein. Wenn der Revisionsrichter aber die vom Berufungsrichter gebilligten Gründe der ersten Instanz nicht billigt, so muß das Berufungsurteil jedenfalls, sei es nun aus formellem oder aus materiellem Grunde, aufgehoben werden."[1]

---

## 128. Besteht die Zustellung der auf Betreiben der Parteien zuzustellenden Urteile in der Übergabe einer Ausfertigung oder in der Übergabe einer beglaubigten Abschrift derselben?

III. Civilsenat. Urt. v. 29. März 1881 i. S. Magistrat zu H. (Kl.) w. Konsistorium zu H. (Bekl.) Rep. III. 690/80.

I. Landgericht Hannover.
II. Oberlandesgericht Celle.

Der in erster Instanz abgewiesene Kläger erhob gegen das ihm vom Beklagten am 30. Juni 1880 in beglaubigter Abschrift zugestellte Urteil des Landgerichts Berufung. Die Berufungsschrift wurde innerhalb der Berufungsfrist nicht dem Anwalte des Beklagten, sondern diesem selbst behändigt, und erhob der Beklagte daher den Einwand der Unzulässigkeit der Berufung wegen Versäumung der Berufungsfrist. Der Kläger brachte ein Gesuch um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den Ablauf der Berufungsfrist ein, indem er zu dessen Begründung geltend machte, auf dem Konzepte der Berufungsanträge sei von dem Anwalte bemerkt, daß die Zustellung derselben an den Anwalt des Beklagten erfolgen solle, durch ein Versehen in der Schreib-

[1] Die materielle Entscheidung ist abgedruckt unter Gemeines Recht oben Nr. 58. S. 208.

stube sei jedoch der Gerichtsvollzieher beauftragt, die Berufungsschrift dem Beklagten selbst zu behändigen, und bei der Unterschrift der Ausfertigung dieses Versehen im Drange der Geschäfte nicht bemerkt worden, worin ein unabwendbarer Zufall im Sinne des §. 211 C.P.O. für die Partei liege.

Das Oberlandesgericht wies das Gesuch um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand als unbegründet zurück und verwarf die Berufung wegen Versäumung der Berufungsfrist.

Die vom Berufungskläger eingelegte Revision wurde zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

„Die Ausführung des Revisionsklägers, nach den Vorschriften der C.P.O. müsse die Zustellung der Urteile durch Übergabe einer Ausfertigung erfolgen und es sei daher, weil ihm auf Betreiben des Beklagten nur eine beglaubigte Abschrift des Urteils des Landgerichts Hannover vom 11. Juni 1880 am 30. Juni 1880 behändigt worden, die Berufungsfrist gegen dieses Urteil überhaupt noch nicht in Lauf gesetzt, folgeweise die von ihm dagegen eingelegte Berufung nicht verspätet, sondern zu früh erhoben (§. 477 C.P.O.), ist nicht zutreffend.

Über die Frage, wann die Zustellung durch Übergabe einer Ausfertigung, wann durch Übergabe einer beglaubigten Abschrift des zuzustellenden Schriftstückes erfolgen müsse, gehen die Ansichten sehr auseinander. Während von der einen Seite[1] die Ansicht vertreten wird, die Zustellung bestehe in der Regel in der Übergabe einer beglaubigten Abschrift, die Übergabe einer Ausfertigung müsse nur ausnahmsweise, in einzelnen wenigen Fällen — über welche freilich keine Übereinstimmung herrscht — geschehen, es erfolge insbesondere die von den Parteien zu bewirkende Zustellung der Urteile (§. 288 C.P.O.) durch Übergabe einer beglaubigten Abschrift, wird von anderer Seite[2] ausgeführt, daß nicht allein die Ladungen von Zeugen und Sachverständigen, sowie alle von Amts wegen zuzustellenden Beschlüsse und Verfügungen des Gerichts und des Vorsitzenden (§. 294 Abs. 3 C.P.O.) in Ausfertigung zuzustellen seien, sondern auch die Urteile, wenn sie auf Betreiben der

[1] Struckmann und Koch, C.P.O. §. 156 Note 2 S. 141; Seuffert, §. 156, S. 156; Sarwey I. S. 251 flg.; Petersen I. S. 378.

[2] v. Wilmowski u. Levy §. 156 S. 198; Endemann I. S. 527; Gaupp §. 156 Note II. I. S. 430. D. E.

Parteien zugestellt werden, und daß die Zustellung durch Übergabe einer beglaubigten Abschrift nur stattfinde, wenn es sich um die Zustellung von Schriftstücken handle, deren Urschrift in den Händen der Auftrag gebenden Partei sich befinde, also namentlich der Parteiverhandlungen und von Erklärungen, welche zum Protokoll des Gerichtsschreibers gegeben werden.

Diese letztere Auffassung kann bezüglich der hier nur interessierenden Zustellung der Urteile für richtig nicht erachtet werden, es erfolgt vielmehr die Zustellung der auf Betreiben der Parteien zuzustellenden Urteile durch Übergabe einer beglaubigten Abschrift derselben.

Die Civilprozeßordnung enthält eine allgemeine Vorschrift darüber, in welchen Fällen eine Ausfertigung, in welchen eine beglaubigte Abschrift zugestellt werden muß, nicht; es ist vielmehr nur in einzelnen Fällen die Zustellung einer Ausfertigung vorgeschrieben, die Regel bildet die Übergabe einer beglaubigten Abschrift. Was insbesondere die auf Betreiben der Parteien zuzustellenden Urteile betrifft, so ist in den §§. 288. 304. 477. 514. 671 C.P.O. stets nur von „Zustellung des Urteils" die Rede. Die Urteile erlangen durch ihre Verkündung Wirksamkeit (§§. 281 flg. C.P.O.). Die Zustellung derselben hat nur Bedeutung für das weitere prozessualische Verfahren, insbesondere für den Beginn des Laufes der Notfristen und für das Zwangsvollstreckungsverfahren. Jede Partei kann sich Ausfertigungen des Urteils geben, jede kann die Zustellung desselben an den Gegner vornehmen lassen, wenn sie dieses ihrem Interesse entsprechend findet oder es einer solchen Zustellung zum Zwecke des weiteren prozessualischen Verfahrens bedarf. Sachlich liegt kein Grund vor, die Zustellung einer Ausfertigung des Urteils für notwendig zu erachten; die Zustellung einer beglaubigten Abschrift entspricht den Zwecken, welche mit der Zustellung verfolgt werden.

Die Gründe, welche für die Ansicht geltend gemacht werden, daß die auf Betreiben der Parteien zuzustellenden Urteile in Ausfertigung behändigt werden müssen, um die nach der Civilprozeßordnung an die Zustellung der Urteile geknüpften Wirkungen und Folgen herbeizuführen, sind nicht geeignet, dieselbe zu rechtfertigen. Aus der Bestimmung in §. 156 Abs. 1 C.P.O. ist für die vorliegende Frage Entscheidendes nicht zu entnehmen. Denn durch die auf einem Beschluß der Redaktions-

kommission der Justizkommission beruhende Abänderung der Fassung des §. 166 des Entwurfes hat eine principielle Änderung des Entwurfes nicht vorgenommen werden sollen, sie hat vielmehr nur eine redaktionelle Bedeutung und bezweckt klar zu stellen, worin der Akt der Zustellung besteht. Wenn hervorgehoben wird, die Notwendigkeit der Übergabe einer Ausfertigung des Urteiles ergebe sich aus den Vorschriften über den Modus der Zustellung, jede Zustellung einer beglaubigten Abschrift setze voraus, daß das Original des zuzustellenden Schriftstückes in die Hände des Zustellungsbeamten gelange, und daß auf dasselbe die Zustellungsurkunde nach §. 173 Abs. 2 C.P.O. gesetzt werde, dieses sei bei den Urteilen nicht möglich, weil die Partei die Urschrift des Urteiles nicht erhalte, so steht dem entgegen, daß die von dem Gerichtsschreiber in der in §. 288 C.P.O. vorgeschriebenen Form erteilten Ausfertigungen des Urteiles als Urschrift im Sinne der §§. 155 und 173 C.P.O. anzusehen sind.

Die weitere Ausführung, es ergebe sich aus den Vorschriften in den §§. 290. 291 C.P.O. evident, daß die Zustellung einer beglaubigten Abschrift nicht genüge, weil in denselben von einer Mehrheit „von Ausfertigungen" gesprochen und speciell bestimmt werde, daß der Berichtigungsbeschluß auf diesen „Ausfertigungen" zu bemerken sei, dieses aber voraussetze, daß beide Teile im Besitze von Ausfertigungen sich befinden, da es keinen Sinn haben würde, den Berichtigungsbeschluß nur auf der Ausfertigung der betreibenden Partei, nicht aber auf dem im Besitze des Gegners befindlichen Schriftstücke zu bemerken, ist nicht zutreffend. Zunächst setzen die citierten Bestimmungen nicht eine Mehrzahl von Ausfertigungen des Urteiles als stets vorhanden voraus, sondern sie treffen nur Vorsorge, daß die Berichtigungen des Urteiles, welche von Amts wegen oder auf Antrag der Parteien in Gemäßheit der §§. 290. 291 gemacht werden, auf alle vorhandenen Ausfertigungen gesetzt werden. Jede Partei kann sich eine Ausfertigung des Urteiles geben lassen und wird dieses der Regel nach, auch wenn sie nicht der betreibende Teil ist, thun. Wenn also in den §§. 290. 291 bestimmt ist: „der Beschluß, welcher eine Berichtigung ausspricht, wird auf dem Urteile und den Ausfertigungen bemerkt", so folgt daraus nur, daß der Berichtigungsbeschluß nicht besonders ausgefertigt, und daß er nicht bloß auf die bei den Gerichtsakten befindliche Urschrift des Urteiles, sondern auch auf alle Ausfertigungen, welche von demselben er-

teilt sind oder noch erteilt werden, gesetzt werden soll, da es allerdings keinen Sinn haben würde, die Berichtigung nur auf der Ausfertigung der betreibenden Partei zu bemerken. Unrichtig ist aber die Annahme, daß die §§. 290. 291 voraussetzen, daß beide Teile im Besitze von Ausfertigungen sich befinden, und insbesondere folgt daraus nicht, daß der Gegner der betreibenden Partei durch diese eine Ausfertigung des Urteiles erhalten haben müsse. Es braucht zu der Zeit, wo eine Berichtigung des Urteiles nach §. 290 von Amts wegen oder auf Antrag, oder nach §. 291 eine Berichtigung des Thatbestandes beschlossen wird, eine Zustellung des Urteiles überhaupt noch nicht erfolgt zu sein, ja es wird, namentlich in den Fällen der letzteren Art der Regel nach eine Zustellung noch nicht geschehen sein, weil die Frist nach §. 291 a. a. O. nur eine Woche vom Tage des Aushanges des Verzeichnisses der verkündeten und unterschriebenen Urteile (§. 287 C.P.O.) beträgt. Es folgt also daraus, daß in den §§. 290. 291 C.P.O. von einer Mehrheit von Ausfertigungen die Rede ist, nicht die Notwendigkeit der Übergabe einer Ausfertigung des Urteiles zum Zweck der Zustellung.

Wurde demgemäß die Frist für die Einlegung der Berufung gegen das Urteil des Landgerichts Hannover vom 11. Juni 1880 durch die Zustellung einer beglaubigten Abschrift desselben am 30. Juni 1880 in Lauf gesetzt, so ist die Frist versäumt, da feststeht, daß innerhalb derselben die Berufungsanträge dem Anwalte des Beklagten in Gemäßheit des §. 164 C.P.O. nicht behändigt sind und die Zustellung an den Beklagten selbst bedeutungslos ist.

Das Gesuch des Klägers um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den Ablauf der Berufungsfrist ist mit Recht von dem Berufungsgerichte als unbegründet zurückgewiesen worden. Wenn der Revisionskläger hervorhebt, es habe ein unabwendbarer Zufall im Sinne des §. 211 C.P.O. „für die Partei" vorgelegen, so ist diese Ausführung, insoweit ein Gegensatz zwischen der Partei, dem Kläger, und dem Anwalte des Klägers gemacht werden soll, nicht zutreffend. Der Anwalt repräsentiert nach §. 81 C.P.O. die Partei und es ist für die Statthaftigkeit des Gesuchs um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand allein entscheidend, ob der Vertreter des Klägers durch einen unabwendbaren Zufall im Sinne des §. 211 C.P.O. verhindert war, die geeigneten Schritte zur Einhaltung der Berufungsfrist zu thun. Daß dieses nicht der Fall, ist von dem Berufungsrichter aus zutreffenden Gründen

dargelegt. Ob der Anwalt des Klägers für das in seiner Schreibstube vorgekommene Versehen verantwortlich sei und ob ihn ein Verschulden treffe, kann dahingestellt bleiben. Denn auf den Mangel eines Verschuldens des Prozeßbevollmächtigten allein kann das Gesuch um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht gegründet werden; das Nichtvorhandensein einer Verschuldung ist vielmehr nur eine der Voraussetzungen, welche nach §. 211 für die Begründung des Gesuchs erforderlich sind." [1]

[1] Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 2 S. 424. 425 und oben Nr. 121 S. 421.

# Register.

Die beigesetzten Zahlen beziehen sich auf die Seite.

## A. Sachregister.

### A.


**Abfindung** der geschiedenen Ehefrau 15
**Abgaben;** öffentliche; Vorzugsrecht; Festsetzung im Verwaltungswege 297
**Abrechnung** als Schuldgrund 264
**Abschrift;** beglaubigte.
S. „Ausfertigung".
**Abtretung.**
S. „Cession".
**Abweisung** angebrachtermaßen; Bedeutung . . . . . 290
**Accept** in blanco; Recht zur Ausfüllung . . . . . 61
— eines Sichtwechsels . . 7
**Actio ex lege Aquilia** . 320
**Actio hypothecaria** . . 190
**Actio mandati contraria** 220
**Actio Pauliana** . . 169. 208
**Actio redhibitoria** . . . 215
**Adjudikation.**
S. „Subhastation".
**Änderung.**
S. „Klagänderung".
**Aktien;** Eintragung in das Aktienbuch . . . . . 163
**Aktien;** Erwerb von Stamm-Aktien durch Indossament; Rechtsverhältnis; Pflicht zur Leistung von Einschüssen . . . . . 163
Rechtsverhältnis der Stamm- und Inhaberaktien . . . 163
**Aktienbuch;** Eintragung in dasselbe; Wirkung . . . . . 162
**Aktiengesellschaft;** Anfechtung der Beschlüsse der Generalversammlung . . . . . 126
— Einsetzung eines von den Beschlüssen der Gesellschaft unabhängigen, durch einen Anderen zu besetzenden Vorstandes . 123
— inwiefern sich der einzelne Aktionär dem Beschlusse der Generalversammlung unterwerfen muß 55
— Beschluß der Generalversammlung über den Verkauf von Grundstücken; Wirksamkeit; Einfluß der Statuten . . . . . 56. 57
— Fortdauer der Organe, auch der Generalversammlung, während der Liquidation . . . . 54
— Sonderrechte des Aktionärs 56. 126

**Aktiengesellschaft**; Überlassung des Unternehmens an einen Anderen 123
— Unterscheidung von der offenen Handelsgesellschaft . . . 56
— Verpfändung des Gesellschaftsvermögens für eine fremde Schuld 123
— Wesenheit der Organisation; Kompetenz der Generalversammlung . . . . . 127
**Aktionär**; Sonderrechte . 56. 126
**Alimentationsanspruch** der geschiedenen Ehefrau; Ausdehnung auf das Recht, den nicht eingeforderten Arbeitslohn des geschiedenen Ehemannes mit Beschlag zu belegen . . . . . 15
**Amortisationsfonds** der schlesischen Landschaft; rechtliche Natur 222
**Anerkenntnis** des Vertrages nach beseitigter Handlungsunfähigkeit 254. 332
**Anerkennungsvertrag**; Form 264
**Anfall** (Erbschafts-) an einen Wahnsinnigen . . . . . 193
**Anfechtung** einer vor der Konkurseröffnung vollzogenen Arrestpfändung . . . . . 395
— einer Dispache . . . 17
— von Erbteilungen . . 341
**Angebrachtermaßen**; Abweisung 290
**Anlieger.**
S. „Straße".
**Anwachsungsrecht** . . . 198
**Anwalt** im Prozesse; Repräsentant der Partei . . . 421. 439
**Arbeiter**; Haftung für deren Verschuldung seitens des Fabrikherrn 5
S. „Haftpflicht".
**Arbeitslohn** des geschiedenen Ehemannes; Beschlagnahme für den Verpflegungsanspruch der geschiedenen Ehefrau . . . . 15
**Armenrecht**; Beschwerde; Form 372
**Armenunterstützung**; Voraussetzungen für den Rechtsweg 10. 270
**Armenverband** . . . 10. 270
**Arrest**; eingetragener; Wirkung den Hypothekengläubigern gegenüber; Berechtigung in der Subhastation zum Widerspruch . . . 315
**Arrestgrund**; schlechte Vermögenslage . . . . . 426
**Arrestpfändung** vor der Konkurseröffnung; Anfechtung . 395
**Assekuranz.**
S. „Versicherung".
**Auflassung**; Anfechtung wegen fehlenden notwendigen Beitritts eines Dritten . . . . . 257
— Formlosigkeit des unterliegenden Geschäftes . . . . . 257
**Auflösung** der Genossenschaft 10
**Aufsichtsrat** der Genossenschaft 94
**Ausfertigung**; ob ein Urteil in Ausfertigung oder beglaubigter Abschrift zuzustellen . . 435
**Ausländer**; eheliche Verhältnisse; Trennung von Tisch und Bett; Klage im Inlande. . . 27
— Gerichtsstand im Inlande 32
— Rechte auf Markenschutz 75
**Ausländisches Recht** über Ehestreitigkeiten; Wirkung der Trennung von Tisch und Bett 27
— Verwendung für die Revision 29
**Auslegung** von Urkunden.
S. „Revisibilität"; „Revisionsgrund".
**Aussteller** eines eigenen Sichtwechsels; Präsentationsfrist 6. 7
**Autorrecht.**
S. „Urheberrecht".

## B.

**Beamte** (Reichs-) auf Kündigung; Pensionierung . . . . 91

**Befrachter** . . . . . 151
**Begräbniskosten;** Ersatz als Schadensersatz . . . . . 320
**Beneficium cedend. act.** bei der Bürgschaft . . . . . 183
**Bergelohn** (Seerecht) . . 138
**Berufung;** Pflicht des B.-Richters zur Prüfung der Zulässigkeit und Erheblichkeit des Beweisbeschlusses 367
— Verlust des Rügerechtes 367
S. „Prozeß".
**Beschlagnahme** im Wege des Arrestes; Subhastationsvermerk 309. 316. 317
— Wirkung für den persönlichen Gläubiger . . 189 flg. 316
S. „Arbeitslohn".
**Beschluß;** (Beweis-) . . . 367
— Unterschrift . . . . 400
**Beschwerde;** Form . . . 372
— sofortige; Beginn der Notfrist 375
— Zuständigkeit des Reichsgerichts in Angelegenheiten der Zwangsvollstreckung in unbewegliches Vermögen . . . . . 372
**Besitz;** unredlicher . . . 202
**Bestimmungshafen** . . . 145
**Betagte Forderung;** Fälligkeit gegen den Bürgen durch Konkurseröffnung gegen den Hauptschuldner . . . . . 356
**Betrieb** (Eisenbahn-).
S. „Haftpflicht".
**Bevollmächtigung im Prozesse.**
S. „Prozeß".
**Beweis** des Gewohnheitsrechts 150
**Beweisbeschluß;** Rügerecht. 367
**Beweislast** bezüglich der Thatsachen zur Begründung des Gerichtsstandes . . . . . 381
— in Ansehung der Illation oder des Vorbehaltes . . . 207
— über Erfüllung beim Kaufe 87
**Beweislast** bezüglich der Mängelanzeige beim Kaufe . . 101
— in Ansehung der Voraussetzungen des Retentionsrechtes . . 154
— in Ansehung der eingewendeten Stellvertretung . . . 122
— in Ansehung des Vermögenserwerbes seitens einer Ehefrau 251
**Blanko-Accept;** Recht zur Ausfüllung, insbesondere zum Domizilvermerke . . . . . 61
—-**Cession** der Grundschuld 330
—-**Indossament** . . . 163
**Bücher** der Genossenschaft; Anspruch darauf . . . . . 96
S. „Streitgegenstand".
**Bürgschaft;** Befreiung des Bürgen wegen Verletzung der dem Gläubiger obliegenden Sorgfalt 350
— Anspruch des B. auf Cession der Pfandklage bei Bezahlung einer durch Pfand versicherten Forderung; benefic. cedend. act. 183
— Eintritt des Bürgen in die Vorrechte der bezahlten Forderung 34 flg. 45
— Eintritt des Bürgen in das bestellte Pfandrecht durch die Zahlung . . . . . 347. 348
— Fälligkeit der betagten Forderung gegen den Bürgen durch Konkurseröffnung gegen den Hauptschuldner . . . . . 356
— (Wechsel-); Regreß . . 219
— Zahlung durch den Bürgen; Voraussetzung bei Wechseln 220

## C.

**Causal-Zusammenhang.**
S. „Haftpflicht".
**Cession** einer fiskalischen Forderung; Geltendmachung des Vorzugsrechtes derselben im Konkurse 34 flg.

**Cession** einer Grundschuld; Inhaberpapiere . . . . 326. 327
— des Anspruches auf Rechnungslegung . . . . . 333
**Clausel.**
S. „Klausel".
**Collision.**
S. „Kollision".
**Communio incidens.** . . 336
**Culpa** . . . . . 353
S. „Verschulden".

## D.

**Darlehn** in Inhaberpapieren; Berechnung der Valuta . . 324
**Deckung.**
S. „Kauf".
**Deckungskauf** . . . . . 66
**Dienstbarkeit.**
S. „Grundgerechtigkeit". „Servituten".
**Dienstlohn.**
S. „Arbeitslohn."
**Dienstmiete;** Erfüllung; Unmöglichkeit; Einfluß auf die Gegenleistung . . . . . 179
**Dispache** (Havarie-Grosse); Anfechtung . . . . . 17
**Dingliche Rechte.**
S. „Grundbuch". „Hypothek".
**Distanzgeschäfte** . . . . 88
**Dolus** . . . . . 353
**Domizilierung** bei Wechseln in blanco . . . . . 61
**Dos;** Privilegium nach gemeinem Rechte . . . . . 174
**Dotalvermögen** . . . . 205
**Dramatisches Werk;** unbefugte Aufführung . . . . . 156

## E.

**Ehefrau;** Erwerbs- und Vertragsfähigkeit . . . . . 252
**Ehefrau;** Beweis des Eigentumserwerbes . . . . . 253
— geschiedene; inwiefern sie wegen ihres Verpflegungsanspruches den Arbeitslohn des geschiedenen Ehemannes mit Beschlag legen lassen kann . . . . . 15
— Minderjährigkeit; Suspension der Gütergemeinschaft . 242
— Tötung durch Eisenbahnunfall; Umfang der Entschädigung (Pr.R.) 319
S. „Eingebrachtes".
**Eheliches Güterrecht;** Illaten; vorbehaltenes Vermögen . 203
— Suspension der Gütergemeinschaft während der Minderjährigkeit der Ehefrau . . . 242
**Eherecht;** Scheidung nach ausländischem und inländischem Rechte; Trennung von Tisch und Bett 27
— Gerichtsstand der Ausländer im Inlande . . . . . 31
— Vermögen; Illation; Vorbehalt . . . . . 203
— Suspension der Gütergemeinschaft während der Minderjährigkeit der Ehefrau . . . 242
**Ehescheidung.**
S. „Ehefrau"; „Ehetrennung".
**Ehetrennung** von Tisch und Bett; Ausländer; Einfluß des ausländischen und einheimischen Rechts 27 flg.
**Eidesantrag** über die Handlung eines Dritten . . . . 395
— über das Wissen einer Thatsache (fraudulose Absicht) . . 430
**Eidesleistung;** Beschluß . 367
**Eigentum;** gemeinschaftliches 333
**Eigentümer-Hypothek;** Voraussetzungen für ihre Existenz 269
**Eigentumserwerb** durch die Ehefrau . . . . . 253

**Eigentumsklage** in betreff abgepfändeter Sachen; Pfandrecht 189
— Anspruch auf entgangenen Gewinn; Begründung . . 201
**Eingebrachtes** der Ehefrau, Privilegien, (Gem. R.) . . . 174
— Zurückforderungsrecht (Gem. R.) 203
**Einkaufs-Kommission.**
S. „Kommission".
**Einrede** des Gesellschafters, beeinflußt durch den Prozeß gegen die Gesellschaft . . . . . 57
— der Rechskraft; Kollision der Gesetze . . . . . 290
S. „exceptio"
**Einspruch.**
S. „Versäumnisurteil".
**Eisenbahnbetrieb.**
S. „Haftpflicht".
**Enteignung;** Klagefrist für den Entschädigungsanspruch; Prozeßfrist . . . . . 303
— Zeit, nach welcher der Wert zu bestimmen . . . . . 241
— Zuständigkeit für den Schadensanspruch . . . . . 303
**Entscheidungen.**
S. „Prozeß".
**Entscheidungsgründe;** Bezugnahme auf die E. des Vorerkenntnisses 433
— Mangel; Revisionsgrund 388
**Erben.**
S. „Urheberrecht".
**Erbfolgerecht** des unehelichen Kindes . . . . . 343
**Erbpacht** . . . . . 245
**Erbschaft;** Gerichtsstand . 380
— Verzicht darauf . . . 359
**Erbschaftsanfall** an einen Wahnsinnigen; Antretung; Entsagung durch den Kurator . . 193
**Erbschaftsklage;** Verzicht darauf 359
**Erbteilung;** Anfechtung wegen Verkürzung . . . . . 341
— Anfechtung wegen Irrtums 343
— Wirkung . . . . . 296
**Erfüllung.**
S. „Kauf"; „Gerichtsstand".
**Erfüllungsort.**
S. „Kauf"; „Gerichtsstand".
**Erwerbsgenossenschaft.**
S. „Genossenschaft".
**Etikettierung** der Fabrikate mit einer Firma; inwiefern darin eine Verletzung des Firmenrechtes liegt 165
**Exceptio excussionis** . . 192
— **non adimpleti contractus** 349
S. „Einrede".
**Exekution;** Wirkung der Eigentumsklage gegenüber . . . . 189
S. Zwangsvollstreckung".
**Expropriation.**
S. „Enteignung".

## F.

**Fabrik.**
S. „Haftpflicht".
**Fälligkeit.**
S. „Bürgschaft."
**Feststellung.**
S. „Klage"; „thatsächliche F."
**Firma** einer offenen Handelsgesellschaft; Klage gegen dieselbe; Einfluß für die Mitglieder . 57
— Etikettierung der Fabrikate mit einer Firma; Verletzung des Firmenrechtes . . . . . 165
— unbefugter Gebrauch; Untersagung; Schadensersatz; Voraussetzung und Substanziierung des Schadens. . . . . 165
— Veräußerung ohne Handelsgeschäft; Eintragung ohne den Betrieb eines Handelsgeschäftes 120
— Zusatz „einzige Fabrik" ꝛc 165
S. „Markenschutz".

**Firmenrecht.**
S. „Firma".
**Fischerei** . . . . . 245
**Fiskus;** Geltendmachung des Vorzugsrechtes im Konkurse von dem Cessionar einer fiskalischen Forderung; durch den Bürgen 34 flg.
— inwiefern nach Provinzialrecht eine Vermutung für dessen Eigentum an Grund und Boden besteht (Ostpreußen) . . . 245
— Privilegium wegen Steuern 340
**Fluß;** öffentlicher; Eigentum des Flußbettes . . . . . 232
— Privatfluß; Eigentum . 246
**Flußbett;** Eigentum an demselben 232
**Form** des Anerkennungsvertrages 264
— Mangel bei der Auflassung 257
— des Gesellschaftsvertrages 333
**Former;** kommandierender; Stellung zum Werkführer . . . . 1
S. „Haftpflicht".
**Forum.**
S. „Gerichtsstand".
**Frachtgeschäft** . . . . . 151
**Fraudulose Absicht;** Eidesantrag . 430
**Freizeichen.**
S. „Markenschutz".
**Frist.**
S. „Prozeß".

## G.

**Gefahr** des Transportes; Übernahme; Einfluß auf Bestimmung des Erfüllungsortes . 9. 112
**Gemeinde;** Zwangsvollstreckung gegen dieselbe (Franz. R.) 337
**Gemeinschaftliches Eigentum;** Cession des Anspruches auf Rechnungslegung. . . . . 333
**Gemeinschuldner.**
S. „Konkurs".
**Genehmigung** eines wegen Geschäftsunfähigkeit ungültigen Geschäftes . . . . 254. 332
**Generalversammlung** einer Aktiengesellschaft; Fortdauer der Funktion während der Liquidation 54
— inwiefern sich der einzelne Aktionär dem Beschlusse derselben unterwerfen muß . . . 55
— Grundstücksverkauf . . 56
— Umfang der Befugnisse derselben . 123
S. „Aktiengesellschaft".
**Genossenschaft;** ob ein länger als drei Monate vor dem Auflösungsbeschlusse ausgeschiedener Genossenschafter noch als beitragspflichtig anzusehen . . . . . 10
— Aufsichtsrat; Vorstand; Befugnisse; Bücher und Urkunden der Gesellschaft . . . . . 94
— Umlageverfahren . . . 10
**Genossenschafter;** ausgeschiedener 10
**Genossenschaftsvermögen;** Unzulänglichkeit . . . . . 12
**Gennskauf.**
S. „Kauf".
**Gerichtsgebrauch;** Rechtsquelle 210
**Gerichtsstand** der Ausländer im Inlande . . . . . 31. 32
— Beweispflicht und Begründung 381
— in Ehesachen . . . . 32
— für den Enteignungsstreit 303
— der Erbschaft . . . . 380
— der Gesellschaft auf Gegenseitigkeit . . . . . 385
— des Vermögens; der Erfüllung 381. 412
— des Vertrages . . 113. 118
**Geschäftsfähigkeit.**
S. „Handlungsfähigkeit".
**Gesellschaft.**

S. „Aktiengesellschaft"; „Handelsgesellschaft".
**Gesellschaftsvertrag;** mündlicher 333
**Gewerkschaft;** inwiefern ihr wegen der Zubuße an den Kuxen des zahlungssäumigen Gewerken ein dingliches Recht oder ein Vorzugsrecht vor den Hypotheken- oder sonstigen Gläubigern zusteht 274
**Gewinn;** entgangener; Begründung bei der Vindikation . . 201
**Gewohnheitsrecht;** Beweis 150
— als Ortsgebrauch . . 149
— Revisionsgrund . . . 150
S. „Gerichtsgebrauch".
**Großjährigkeit** . . . . 332
**Grundbuch;** Wirkung des eingetragenen Arrestes . . . . 315
**Grundbuchwesen** von Hessen-Kassel 297
**Gründe** (Entscheidungs-) . 388
S. „Entscheidungsgründe".
**Grundgerechtigkeit;** Erwerb durch Verjährung (gem. R.) . 210
**Grundschuld;** Abtretung . . 227
— Wesen . . . . . 330
**Grundsteuer;** Begriff . . 226
**Grundstücke;** deren Verkauf seitens einer Aktiengesellschaft; Genehmigung der Generalversammlung 56
S. „Subhastation".
**Gütergemeinschaft;** eheliche; Suspension während der Vormundschaft . . . . . 242
S. „Eherecht".
**Güterrecht;** eheliches; Dotal-, vorbehaltenes Vermögen.
S. „Eherecht".

## H.

**Hafen** (Bestimmungs-) . . 145
**Haftpflicht;** Begriff von „Beaufsichtigung des Betriebes"; Ausdehnung auf die Überwachung der Tüchtigkeit und die Instandhaltung der Maschinen u. s. w.; wer in einer Fabrik dazu berufen ist; Werkführer; Haftung für gewöhnliche Arbeiten . . . . . 4
**Haftpflicht;** Eisenbahnbetrieb; Begriff; Ursachlicher Zusammenhang des Unfalles. . . . 19. 20
— Entschädigungspflicht nach dem preuß. Gesetze vom 3. November 1838 §. 25 im Falle der Tötung einer Ehefrau; Umfang . 318
— Fabrikherr; Vertretung in Ansehung der von dem Werkführer dem Arbeiter erteilten Anweisung; Pflicht des Arbeiters zur Befolgung und zur eigenen Prüfung der Angemessenheit; eigenes Verschulden . . . . . 1
— inwiefern die Sicherstellung (§. 7 des Haftpflichtgesetzes) zu dem Schadensersatze zu rechnen und der Unfallsversicherer auch zur Übernahme der Sicherstellung verpflichtet ist . . . . . 21
— Umfang der Schadensersatzpflicht; Berücksichtigung dauernd notwendiger Heilungskosten; Rente 3
**Handelsgesellschaft;** offene; Anwendung der Vorschriften über die Liquidation auf Aktiengesellschaften . . . . . 56
— Grundstücksverkauf . . 56
— Verhältnis der Gesellschafter; Einfluß der Klage und Urteile gegen die Gesellschaft; Einredevorrecht, beeinflußt durch den Prozeß gegen die Gesellschaft . . 57
— Stellung des Gesellschafters als Schuldner und Gläubiger der G. 59
— stille; inwiefern die Teilnahme an dem Verluste zu der begrifflichen Voraussetzung gehört 8

**Handlungen** (Verträge über); Erfüllung, Unmöglichkeit, Einfluß auf die Gegenleistung . . 179
**Handlungsunfähigkeit**; Anerkenntnis des Vertrages nach erlangter Selbständigkeit . . 254. 333
— der Ehefrau . . . . . 252
— inwiefern sich der Gegenkontrahent darauf berufen kann 332
— großjähriger Hauskinder 332
— Kollision der Gesetze in Beziehung auf den österreichischen Konkurs . . . . . 327
**Hauskinder**; großjährige; Handlungsfähigkeit . . . . . 332
**Hausſohn**; Vertretungsrecht 197. 254. 332
**Havarie-Groſſe**; Dispache; Anfechtung . . . . . 17
**Heilungskoſten.**
S. „Haftpflicht".
**Hereditatis petitio** . . . 362
**Heſſen-Kaſſel**; Grundbuchwesen 297
**Hilfslohn** (Seerecht) . . . 138
**Hypothek**; accessorischer Charakter nach preuß. Rechte . 268. 330
— (Dotal-, General-) 174. 175
— (Eigentümer-); Voraussetzung 269
— (Kautions-) . . . . 269
— Korreal-; ungeteilt auf mehreren Grundstücken eingetragen 259
— Umfang; bewegliche Pertinenzstücke . . . . . 313
— Titel zu einem Recht . 264
— Zahlung der Korreal-H. von einem der Besitzer . . . 259
S. „Hypothekenbuch"; „Pfandrecht".
**Hypothekenbuch**; Eintragung; Dinglichkeit . . . . . 263
— Wirkung eines eingetragenen Arrestes (Vormerkung) . 316
**Hypothekengläubiger** . . 316
S. „Gewerkschaft".
**Hypothekenrecht**; Verhältnis gegenüber einem Rechte zur Sache (Titel) 261

## J.

**Illaten; Illation.**
S. „Beweislaſt"; „Eingebrachtes".
**Individualrechte** des Aktionärs 56. 126
**Indoſſament** (Blanko-) der Grundſchuld . . . . . 330
S. „Aktien".
**Inhaberpapiere** . . . . 154
— Abtretung . . . . . 327
— Darlehnshingabe . . . 324
S. „Aktien".
**Interceſſion**; beneficium cedend. act. . . . . 183
S. „Bürgſchaft".
**Intereſſe**; nach welcher Zeit dasſelbe als Schadenserſatz zu bestimmen . . . . . 239
**Interpretation.**
S. „Auslegung".
**Intervention** bei Exekutionsvollſtreckung . . . . . 190
**Irrtum**; Anfechtung einer Erbteilung . . . . . 343

## K.

**Kaſſel**; Grundbuchweſen. . 297
**Kauf- und Lieferungsverträge**; Stempel . . . . . 217
— **Klauſel**: auf Erfordern ein Mehrquantum zu liefern und das Verſprechen keine Ware der fraglichen Art von einer anderen Firma zu kaufen; Verzug, Schadensanſpruch . . . . 64
— Wirkung des Verzuges auf ſeiten des Verkäufers . . . . 66

**Kauf**- oder Einkaufskommission? 109
— Erfüllung; Genuskauf; Platz- und Distanzgeschäfte; Beweislast; Annahme des Konossements 87
— Erfüllungsort nach der Natur des Geschäfts . . 111. 117
— Mängelanzeige bei successiven Sendungen; Beweislast 100. 101.
**Kausalzusammenhang.**
S. „Haftpflicht".
**Kautions-Hypothek** . . . 269
**Kind**; uneheliches; Anerkennung desselben seitens des Ehegatten; Einfluß auf die Erbfolge 343
**Kinder**; Vorzugsrecht im Konkurse wegen ihres in die Verwaltung des Gemeinschuldners gekommenen Vermögens. . . . 293
**Klagänderung** als Revisionsgrund 372. 413
**Klage** auf Feststellung des Rechtsverhältnisses. . . . . 172
— (Negatorien-) . . . . . 390
S. „Eigentumsklage".
**Klausel** beim Kaufe.
S. „Kauf".
**Kollision** der Gesetze; örtliche; in Ansehung der Voraussetzungen der Rechtskraft . . . . 290
— in Ehestreitigkeiten . . 27
— im Konkurse; Verfügungsfähigkeit des Gemeinschuldners 327
— zeitliche; in Ansehung der Vorrechtsordnung im Konkurse 52
— des Handelsrechts mit dem Civilrechte . . . . . 119
— von Schiffen; Schadensersatz 138
S. „Konkurs".
**Kommanditgesellschaft** auf Aktien; Rechtsverhältnis aus dem Erwerbe von Aktien (Stamm-); Pflicht zur Einzahlung. . . . 162
S. „Aktien".
**Kommission** (Einkaufs-) oder Kauf? 109
**Kommissionär**; Pfandrecht desselben am Kommissionsgute; Wertpapiere (Talons) . . . 154
**Kommissionsgut**; Begriff; Wertpapiere; Pfandrecht . . 154
**Kommunalverbände** . . . 236
**Kompensation**; rechtswidrige Verschaffung des Kompensationsobjektes . . . . . 113
**Konkurs**; Anfechtung einer Arrestpfändung. . . . . 395
— Geltendmachung des Vorzugsrechtes einer fiskalischen Forderung im Konkurse durch den Cessionar; durch den Bürgen . . 34 flg.
— inwiefern durch die Konkurseröffnung gegen den Hauptschuldner die betagte Forderung gegen den Bürgen fällig wird . . 356
— der Genossenschaft . . 11
— Kollision; zeitliche; in Ansehung der Vorrechtsordnung . . 52
— österreichisches Recht . . 327
— Retentionsrecht . . . 113
— Vorzugsrecht der Kinder und Pflegebefohlenen wegen ihres gesetzlich in die Verwaltung des Gemeinschuldners gekommenen Vermögens . . . . . 293
— Verfügungsfähigkeit des Gemeinschuldners im ausländischen Konkurse; Kollision der Gesetze 327
**Konnossement** . . . . . 87
— falsche Datierung; Schadensersatz . . . . . 101
**Kontokorrent**; rechtliche Natur und praktische Bedeutung; Anerkennung des Rechnungssaldo; Einfluß der Saldierung auf das einzelnen Posten anklebende Privileg 17
**Korreal-Hypothek** . . . 259
**Kündigungsrecht** bezüglich der Reichsbeamten . . . . 91
**Kurator** eines Wahnsinnigen; An-

tretung und Entsagung eines Erbschaftsanfalles . . . . 193
**Kurkosten**; Ersatz . . . 320
**Kure.**
S. „Gewerkschaft".

**L.**

**Ladezeit** . . . . . 151
**Ladung im Prozesse**; Form 391
**Landschaft**; schlesische; rechtliche Natur des Amortisationsfonds; Rechtsweg für Streitigkeiten aus der Kaufgelderbelegung . 221
**Landsee**; Eigentum an demselben 246
**Lasten**; öffentliche; Vorzugsrecht; Festsetzung im Verwaltungswege 297
**Lebensversicherung.**
S. „Versicherung".
**Legitimationspapiere**; Begriff; Talons . . . . . 154
**Lieferungsvertrag**; Stempel 217
**Liegegeld** . . . . . 152
**Liquidation** einer Aktiengesellschaft; Fortdauer der Organe; insbes. der Generalversammlung. 54
— einer Genossenschaft . . 10
**Litispendenz**; Aussetzung der Verhandlung . . . . . 401
**Lohnforderung**; Beschlagnahme 16
**Löschzeit**; Ablauf; Dauer; Ortsgebrauch . . . . 149. 151

**M.**

**Mängelanzeige.**
S. „Kauf".
**Markenschutz**; Anmeldung und Eintragung des Warenzeichens; Priorität . . . . . 70
— Recht des Ausländers; Begriff des Ausdruckes „allgemeine Geltung im Verkehre" . 74. 78
S. „Firma".
**Markenschutz**; Begriff von öffentlichen Wappen . . . . . 69
— Gebrauch von Freizeichen 71. 78
— Gebrauch einer nicht als widerrechtlich anzusehenden Warenbezeichnung; Entschädigung . 67
S. „Wappen".
**Minderjährigkeit**; Suspension der Gütergemeinschaft während der M. der Ehefrau . . . 242
**Monitur.**
S. „Kauf".
**Muciana praesumtio** . . 204

**N.**

**Negatorienklage**; Wert des Streitgegenstandes. . . . . 390
**Notfrist** der sofortigen Beschwerde; Beginn . . . . . 375
**Nützliche Verwendung** . . 164
— im öffentlichen Rechte . 273

**O.**

**Öffentliches** Recht; nützliche Verwendung . . . . . 273
**Österreichisches** Recht über Ehescheidung. . . . . 28
— Konkursrecht . . . . 327
**Ortsgebrauch** als Gewohnheitsrecht 149
**Ostpreußisches Provinzialrecht**; Eigentum an den Landseen 246

**P.**

**Pactum claudicans** . . 333
**Papiere** auf den Inhaber — im Gegensatz zu Legitimationspapieren . . . . . 154
**Patent**; Begriff der „Neuheit" der Erfindung; teilweise Nichtigerklärung . . . . . 85
— Einfluß der Patentierung auf Firmenbezeichnung durch das Wort „einzige" Fabrik . . . 165

**Paulianische Klage** gegenüber von Pfandbestellungen; Schenkungen 169
— Einfluß auf ein bestehendes Pfandrecht . . . . . 208
**Pensionierung** von Reichsbeamten auf Kündigung . . . . . 91
**Perfektion** des Kaufes in der Subhastation . . . . . 311
— des Versicherungsvertrages 104
**Personenstandesgesetz** . 27. 29
**Pertinenz;** bewegliches; Übergang bei der Subhastation . . 309
**Pfandrecht;** bevorzugtes vor anderen Gläubigern (öffentliche Lasten) 297
— actio Pauliana; Einfluß 169. 208
— Eintritt des Bürgen durch die Zahlung . . . . 346. 347
— an einer Hypothekenforderung; Aushändigung des Instrumentes 263
— Kenntnis des Pfandtitels eines Dritten; Einfluß . . . 264
— konventionelles; prätorisches; Einwand gegen die Eigentumsklage . . . . . 189
— am Kommissionsgut; an Wertpapieren; Legitimationspapieren; Talons . . . . . 154
S. „Bürgschaft".
**Pfandtitel.**
S. „Pfandrecht".
**Pflegebefohlene;** Vorzugsrecht wegen ihres in die Verwaltung des Gemeinschuldners gekommenen Vermögens . . . . . 293
**Platzgeschäfte** . . . . . 88
**Präsentation** des eigenen Sichtwechsels . . . . . 6. 7
**Priorität** fiskalischer Forderungen; Übergang durch Cession . 34
— von Rückständen öffentlicher Lasten 297
**Privatfluß;** Eigentum an demselben 246
**Privilegium dotis** . . . 174
— fiskalischer Forderungen; Übergang auf den Cessionar 34 flg.
— einer Forderung; Einfluß für dasselbe durch Saldierung 17
**Protestatio pro conservando jure** . . . . . 316
**Protest** (Wechsel-); Mangelhaftigkeit 90
**Protestkosten** für Beurkundungen von Erklärungen des Befrachters 151
**Prozeß;** Arrestgrund, schlechte Vermögenslage ꝛc . . . . 416
— Aussetzung der Verhandlung wegen Rechtsanhängigkeit. 401
— Beginn der Notfrist der sofortigen Beschwerde . . . 375
— Beschwerde; Form . . 372
— Einlegung des Einspruches vor Zustellung des Versäumnisurteiles 408
— Entscheidungen; Begriff. 370
— Entscheidungsgründe, Bezugnahme auf dieselben . . 433
— — Mangel; Revisionsgrund 388
— Gerichtsstand; Beweispflicht 382
— — der Erbschaft . . . 380
— — der Gesellschaft . . 385
— — des Vermögens; der Erfüllung . . . . 381. 412
— Klagänderung; inwiefern sie einen Revisionsgrund bildet 371. 413
— Rechtsanwalt; Repräsentant der Partei . . . . 421. 439
— Rügerecht (§. 267 C.P.O.) in Bezug auf Beweisbeschluß; Verlust . . . . . 365
— Schriftsätze; Bezugnahme im Thatbestande . . . . 66
— Übertragung der Prozeßvertretung auf einen bei dem Prozeßgerichte nicht zugelassenen Rechtsanwalt; Form . . . . 404

**Prozeß**; Unterschrift des Beschlusses 400
— Urkunden- und Wechselprozeß; Mitteilung der Urkunde und Ergänzung im Instanzenlaufe 377
— Versäumnisverfahren in der Revisionsinstanz . . . . 196
— Wiedereinsetzung in den vorigen Stand . . . . 419. 439
— Zuständigkeit des Reichsgerichts in Angelegenheiten der Zwangsvollstreckung in unbewegliches Vermögen . . . . . 372
S. „Berufung", „Rechtsverhältnis", „Rechtsweg", „Revisibilität", „Revisionsgrund".
**Prozeß**- oder Verjährungsfrist? 306
**Provinzialrecht**; ostpreußisches 246
**Provinzial**- und Kommunalverbände 236
**Prozeßvertretung.**
S. „Prozeß".

## R.

**Ratihabition** eines wegen Geschäftsunfähigkeit ungültigen Vertrages 254. 332
**Realgläubiger** in der Subhastation 316
**Rechnungslegung**; Cession des Anspruches darauf . . . 333
**Rechtsanwalt.**
S. „Prozeß".
**Rechtshängigkeit**; Aussetzung der Verhandlung . . . . 401
**Rechtskraft**; Voraussetzungen derselben; nach welchem Rechte sie zu beurteilen . . . . . 290
**Rechtsverhältnis**; Klage auf Feststellung . . . . . 172
**Rechtsweg** für den Anspruch auf Erstattung von Armenunterstützungen gegen einen Armenverband . . . . . 270
**Rechtsweg** für Landschaften bei Streitigkeiten aus der Kaufgelderbelegung . . . . . 221
— in Angelegenheiten des Straßenrechtes . . . . . 174
— Unzulässigkeit; Revision. 423
**Recht** zur Sache; dessen Wirkung gegenüber den dinglichen Rechten 261
**Regreß** beim Sichtwechsel . 7
— des Wechselbürgen . . 219
**Reichsbeamte** auf Kündigung; Kündigungsrecht; Anspruch auf Pension . . . . . 91
**Reichsgericht**; Zuständigkeit in Sachen der Zwangsvollstreckung in unbewegliches Vermögen 372
**Reise (Schiffs-)**; Verzögerung 142
**Rente** nach dem Haftpflichtgesetze; Berücksichtigung der Heilungskosten . . . . . 3
**Retentionsrecht**; Beweislast 154
— kaufmännisches; Ausübung; Voraussetzung; im Falle des Konkurses . . . . . 113
— an Sachen des Schuldners 153
**Revisibilität** der Gesetze. . 423
— ausländisches Recht . . 29
— Gewohnheitsrecht . . . 150
— Partikularrecht . . . 197
— Partikularrecht mit Anwendung des gemeinen deutschen Rechts . . . . 205. 424
**Revision** im Falle der Unzulässigkeit des Rechtsweges . . 422
— Versäumnisverfahren. . 196
S. „Prozeß".
**Revisionsgrund**; Auslegung des Vertragswillens 23. 110. 156. 423. 425 flg.
— Bezugnahme auf die Gründe des Vorerkenntnisses . . . 433
— Klagänderung . 372. 413
— Mangel an Entscheidungsgründen 388

**Revisionsgrund**; Verwerfung eines Eidesantrages wegen mangelnder thatsächlicher Begründung 430
**Revisionssumme**; Berechnung nach dem höheren Werte des Kaufobjektes, statt nach dem Kaufpreise 419
S. „Streitgegenstand".
**Revisionsverfahren**; Versäumnis 196
**Rezeptitiengut** . . . . 206
**Rückstände** öffentlicher Lasten „aus den zwei letzten Jahren". 297
**Rügerechte** im Prozesse; Verlust 367
**Ruhestandversetzung** bezüglich der Reichsbeamten . . . . 92
**Rumänische Eisenbahn**; Rechtsfall 123

## S.

**Sächsisches Recht** über Ehescheidung 28
**Saldo**; inwiefern das Privileg der darin enthaltenen Posten fortdauert . . . . . 17
**Schadensersatz** wegen Dolus und Culpa . . . . . 353
— wegen Prozeßführung . 353
S. „Firma". „Haftpflicht". „Kauf". „Konnossement". „Markenschutz".
**Scheidung** von Tisch und Bett; Ausländer . . . . . 27
**Schenkungen** des Vormundes für den Mündel. . . . . 307
**Schiffe**; Zusammenstoß derselben 138
— Versicherung . . . . 142
— Reise; Verzögerung . . 142
**Schriftsatz**; Bezugnahme im Thatbestande . . . . . 66
**Schuldgrund**; Abrechnung . 264
**See.**
S. „Landsee".
**Seerecht**; Löschzeit; Bestimmung nach Ortsgebrauch . 149. 151
— Versicherung (Bedingungen) 142
— Verzögerung der Reise . 142
— Zusammenstoß (Kollision) 138
**Selbständigkeit** . . . . 332
**Servituten**; Erwerb durch Verjährung . . . . . 210
**Sicherheitsbestellung** . . . 21
**Sichtwechsel**, eigene.
S. „Wechsel".
**Sonderrechte** des Aktionärs 56. 126
**Staatsangehörigkeit** . . . 32
**Staatschausseen** . . . . 236
**Stellvertretung**; Einwand des Vertragsschlusses in St.; Beweislast 122
S. „Prozeß".
**Stempel** zu Kauf- und Lieferungsverträgen. . . . . 217
**Steuerkredit** . . . . . 36
**Steuern.**
S. „Fiskus".
**Stille Gesellschaft.**
S. „Gesellschaft".
**Straße**; öffentliche; Einziehung derselben; Rechte der Anlieger auf Untersagung und Entschädigung (Gem. R.) . . . . . 171
— Rechtsweg . . . . . 174
**Streitgegenstand**; Ermessen des Richters, auch für die Revision 96. 418
— Herausgabe von Urkunden, Geschäftsbüchern u. s. w. 96. 418
— Negatorienklage . . . 390
— Pachtverhältnis . . . 424
— Unzulässigkeit des Rechtsweges 428
**Subhastation**; notwendige; Pertinenz, bewegliches; Übergang auf den Käufer; Verfügungsbefugnis des Subhastaten; Einfluß des Subhastationsvermerkes; Recht der

Hypothekengläubiger und des Adjudikatars; Zuschlagsurteil 309 flg.
**Subhastation**; Arrest; eingetragener; Berechtigung für den Widerspruch; Wirkung den Hypothekengläubigern gegenüber . . 315
— Beschlagnahme . 311. 317
— Gewährleistung . . . 310
— bepfandbriefter Güter; Amortisationsfonds . . . . . 222
— Perfektion des Kaufes . 311
— persönliche Gläubiger; Stellung 316. 317
— Realgläubiger; wer als solcher anzusehen . . . . . 316
**Subhastationsvermerk**; Wirkung 311. 317

## T.

**Talon**; rechtliche Natur; Eigenschaft als Legitimationspapier 154
**Thatbestand** im Urteile; Bezugnahme auf Schriftsätze . 66
**Thatsächliche** Feststellung oder Rechtsfrage? 110. 206. 425. 427. 430
**Titel** zu einem Recht gegenüber dem Hypothekenrechte . . . 264
**Tötung**; Schadenersatz.
S. „Haftpflicht".
**Transportgefahr**; Übernahme; Einfluß auf Bestimmung des Erfüllungsortes . . . . 112
**Transportversicherung**; Übernahme; Einfluß auf die Bestimmung des Erfüllungsortes . . . . 112
**Trauerkosten**; Ersatz beim Schadensersatze . . . . . 320

## U.

**Überliegezeit**; Beginn . . 151
**Uferbesitzer**; ob derselbe Eigentümer des Flußbettes ist . . . 212
**Umlageverfahren** bei Genossenschaften . . . . . 10
**Unbewegliches Vermögen**; Zuständigkeit des Reichsgerichts im Beschwerdewege . . . . 372
**Uneheliches Kind**; Anerkennung desselben seitens der Ehegatten; Einfluß auf die Erbfolge 343
**Unfallsversicherung.**
S. „Haftpflicht".
**Unterschrift** des Beschlusses (Prozeß) 400
**Urheberrecht**; unbefugte Aufführung dramatischer Werke; Rechte der Erben . . . . . 156
**Urkundenprozeß**; Mitteilung der Urkunde und Ergänzung im Instanzenlaufe . . . . . 377
**Ursachlicher** Zusammenhang.
S. „Haftpflicht".
**Urteil**; Abweisung angebrachtermaßen . . . . . 290
— Rechtskraft; Kollision der Gesetze . . . . . 290
— Zustellung; ob in Ausfertigung oder beglaubigter Abschrift? 435
S. „Prozeß".

## V.

**Valuta** beim Darlehn in Inhaberpapieren . . . . . 324
**Verfrachter** . . . . . 151
**Verfügungsfähigkeit.**
S. „Handlungsunfähigkeit".
**Verjährung**; Erwerb von Servituten 210
**Verjährungs-** oder Prozeßfrist? 306
**Vermögen**; vorbehaltenes; Akt der Vorbehaltung . . . . 203
**Versäumnisurteil**; Einlegung des Einspruches vor der Zustellung 408
**Versäumnisverfahren** in der Revisionsinstanz . . . . . 196

**Verschulden.**
S. „Haftpflicht".
**Versicherung (See-)** . . . 142
— **(Unfalls-)**; Umfang der Vertretungspflicht . . . . 21
**Versicherungsvertrag (Lebens-)**; Perfektion . . . . . 104
**Verteilungsplan** im Konkurse der Genossenschaft . . . . 11
**Vertrag** über Handlungen; Unmöglichkeit; Einfluß auf die Gegenleistung . . . . . 179
— des Handlungsunfähigen; Anerkenntnis als Verpflichtungsgrund . . . . 254. 333
**Vertragsfähigkeit.**
S. „Handlungsunfähigkeit".
**Vertretung** im Prozesse.
S. „Haussohn"; „Prozeß".
**Verwaltungsweg**; Festsetzung der öffentlichen Lasten . . . 297
**Verzicht** auf Erbschaft oder Erbschaftsklage . . . . . 359
**Verzug** beim Kaufe.
S. „Kauf".
**Viehverkauf**; Wandelungsklage 215
**Vindikation**; Anspruch auf entgangenen Gewinn; Begründung 201
— von Pertinenzien durch den Adjudikatar . . . . . 309
— Einrede eines konventionellen Pfandrechtes . . . . 191
**Vollmacht**; Einwand des Vertragsschlusses in V.; Beweislast 122
— Klausel der Unwiderruflichkeit; Pflicht zur Rückgabe nach der Kündigung . . . . . 186
**Vollstreckbarkeit**; provisorische 338
**Vorbehaltenes Vermögen** . 203
**Vormerkung** im Hypothekenbuche (Arrest) . . . . . 315
**Vormund**; Recht zum Erbschaftsantritt . . . . . 196
— Schenkungen für den Mündel 307
**Vormundschaft**; gesetzliche . 294
— Suspension der Gütergemeinschaft während der Minderjährigkeit der Ehefrau . . . 242
**Vorrechte des Fiskus**; Übergang auf den Cessionar fiskalischer Ansprüche; auf den Bürgen 34 flg.
— der Rückstände öffentlicher Lasten 297
— inwiefern dasselbe in den Saldoposten fortdauert . . . 17
**Vorstand** der Aktiengesellschaft 123
— der Genossenschaft . . 94

## W.

**Warenzeichen**; widerrechtliche 67
— Anmeldung; Priorität . 69
S. „Markenschutz".
**Wahnsinnige**; Erbschaftsantritt durch den Vormund und Kurator 193
**Wandelungsklage** (Preuß. R.); Unmöglichkeit der Rückgabe . 215
**Wappen**; öffentliche; als Warenzeichen; Begriff . . . 69
— **(Familien-)** als Warenzeichen 84
**Wechsel**; Bürgschaft; Regreßklage; Voraussetzung . . . . 219
— in blanco; Ausfüllungsrecht; Domizilvermerk . . . 61
—**-Protest**; Mangelhaftigkeit 90
— **(Sicht-)**; eigene; ob die Wechselverbindlichkeit des Ausstellers von Beobachtung der Präsentationsfrist abhängt? . . . . . 6
—**-Prozeß.**
S. „Urkundenprozeß".
**Wegebaupolizei** in Ansehung der Staatschausseen . . . 236
**Werkführer.**
S. „Haftpflicht".
**Wert**; nach welcher Zeit derselbe bei der Enteignung zu bestimmen 239

S. „Gewinn"; „Streitgegenstand".
**Wertpapiere;** als Kommissionsgut; ob Talons als solche anzusehen 154
S. „Legitimationspapier".
**Wirtschaftsgenossenschaft.**
S. „Genossenschaft".
**Wiedereinsetzung** in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsfrist wegen Verhinderung des Vertreters 419. 439.
**Wucher (Darlehn)** . . . 324

## Z.

**Zahlung** in Erfüllung oder Deckung; Zurückforderung; Beweislast; Genuskauf; Platzgeschäfte 87. 88
**Zubehör.**
S. „Pertinenz".
**Zubuße.**
S. „Gewerkschaft".
**Zurückbehaltungsrecht.**
S. „Retentionsrecht".
**Zurückforderung** des Eingebrachten 203
**Zusammenhang;** ursachlicher.
S. „Haftpflicht".
**Zusammenstoß** von Schiffen 138
**Zuschlagsurteil.**
S. „Subhastation".
**Zuständigkeit** im Enteignungsstreit 303
— für Streitigkeiten zwischen Landesherrn und Ständen über Verfassungs-Auslegung . . 409
S. „Prozeß".
**Zustellung** des Urteils; ob in Ausfertigung oder beglaubigter Abschrift? . . . . . 435
S. „Prozeß".
**Zwangsvollstreckung** gegen die Gemeinde (Franz. R.) . . 337
— in das unbewegliche Vermögen; Zuständigkeit des Reichsgerichts 372.
S. „Exekution".

## B. Gesetzesregister.

### 1. Reichsrecht.

a. Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch.

Art. 15 . . . 165
Art. 16 . 126. 165
Art. 18 . . . 68
Art. 23 . . . 121
Art. 27 . 121. 165
Art. 108 Abs. 2. 59
Art. 112 . . 57. 340
Art. 137 . . . 54
Art. 215 . . . 128
Art. 224 . . . 55
Art. 227 . . . 129
Artt. 230. 231 . 55
130
Art. 244 . . . 54
Art. 250 . . . 8
Artt. 313. 314
114. 152
Art. 324 Abs. 1. 2. 112. 118
Art. 325 . . . 118
Art. 335 . . . 101
Art. 338 . . . 111
Art. 340 . . . 111
Art. 347 . . . 101
Art. 355 . . 66. 87
Art. 374 . . . 152
Art. 570 Abs. 2. 151
Art. 572 . . . 152
Art. 596 Abs. 1. 149
Art. 597 Abs. 2. 151

Art. 597 Abs. 3 152
Art. 600 . . . 149
Art. 731 . . . 17
Art. 742 flg. . . 138
Artt. 817. 818 . 142
Artt. 839. 841 . 26

b. Allgemeine Deutsche Wechselordnung.

Art. 31 . . . 6
Art. 88 Nr. 3 . 90
Art. 98 Nr. 5 . 6

c. Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich.

§. 145 . . . 141

d. Deutsche Civilprozeß-ordnung.

§. 2—7 . . 96. 390
§. 8 . . . . 424
§§. 13. 18 . . 32
§. 23 . . . . 385
§. 24 . . . . 381
§. 28 . . . . 380
§. 29 . . 118. 119. 381. 412
§. 81 . . 421. 439
§. 122 . . . 378
§. 139 . . . 402
§§. 155. 156 . 378 435
§. 211. . . 421. 439
§. 230 . . . 379
§. 242 . 372. 415
§§. 247. 248 . 403
§. 261 . . . 201
§. 265 . . . 150
§. 267 . 365. 378
§. 278 . . . 200
§. 286 . . . 400
§. 288 . . . 435
§. 294 Abs. 2. 3 375. 400
§. 296 . . . 196
§§. 303 flg. . . 408
§. 410 . 395. 430
§§. 425. 426. . 365
§. 473 . . . 366
§. 477 . . . 435
§. 485 . . . 372
§. 489 . . . 372
§. 492 . . . 365
§. 508 . . . 423
§. 509 Z. 1 . . 423
§§. 511. 512 . 110 197. 205. 423. 426.
§. 513 Nr. 7 . 388
§. 515 Z. 3 . 391
§. 516 Z. 2. 3 . 196
§. 524 110. 206. 429.
§. 525 150. 196. 197. 205. 423
§. 526 . . . 429
§. 528 Nr. 1 . 429
§. 532 Abs. 2 . 372
§. 540 Abs. 2 . 375
§§. 555. 556 . 378
§. 560 . . . 378
§. 568 . . . 27
§. 592 . . . 27
§§. 701. 757 . 372
§. 797 . . . 416

e. Einführungsgesetz zur Deutschen Civilprozeß-ordnung.

§. 12 . . . 150

f. Deutsches Gerichts-verfassungsgesetz.

§. 77 . . . 401

g. Deutsche Konkurs-ordnung.

§. 2 . . . 40
§. 10 . . . 35
§. 12 . . . 40
§§. 22. 23 28 . 395
§. 54 Nr. 1—5 . 35 39. 294
§. 58 . . 35. 356
§. 197 . . . 12

h. Einführungsgesetz zur Deutschen Konkursord-nung.

§. 4 . . . 42

i. Einzelne Reichsgesetze und Verordnungen.

1868. 4. Juli. Ges., betr. die privatrechtl. Stellung der Erwerbs- u. s. w. Genossenschaften. (B.G.Bl. S. 415.)

— — §. 3 Abs. 12 . . . 12
— — §. 9 . . . . . 11
— — §. 11 . . . . . 11
— — §. 12 . . . . . 12
— — §§. 28. 29 . . . 97
— — §. 39 . . . . . 12
— — §. 52 . . . . . 11
— — §. 59 . . . . . 11
— — §. 62 . . . . . 13

1869. 21. Juni. Ges., betr. die Beschlagnahme des Arbeits- und Dienstlohnes (B.G.Bl. S. 242).

— — §§. 1. 4 . . . . 15

1869. 1. Juli. Vereinszollgesetz. (B.G.Bl. S. 317.)
— — §§. 14. 108 . . . 341
1870. 6. Juni. Gesetz über den Unterstützungswohnsitz. (B.G.Bl. S. 360.)
— — §§. 9. 30. 32. 38—41. 61 273. 274
1870. 11. Juni. Ges., betr. das Urheberrecht an Schriftwerken, Abbildungen u. s. w. (B.G.Bl. S. 339.)
— — §§. 1. 3. 8. 50. 57. 58 156
1871. 16. April. Verfassung des Deutschen Reichs. (B.G.Bl. S. 63.)
Art. 2 . . . . . 33
1871. 7. Juni. Ges., betr. die Verbindlichkeit zum Schadensersatz für die bei dem Betriebe der Eisenbahnen u. s. w. herbeigeführten Tötungen u. s. w. (R.G.Bl. S. 207.)
— — §. 1 . . . 3. 19. 20
— — §. 2 . . . . . 1. 4
— — §. 3 Nr. 1 . . 319
Nr. 2 . . . 4
— — §. 7 . . . . 2. 3. 22
— — §. 9 . . . . . 319
1871. 23. Dezmbr. Kaiserl. Verordnung zur Verhütung des Zusammenstoßes der Schiffe auf See. (R.G.Bl. S. 475).
Art. 16 Abs. 2 . . . . 138
1873. 31. März. Ges., betr. die Rechtsverhältnisse der Reichsbeamten. (R.G.Bl. S. 61.)
— — §§. 34 flg. 149. 155. 91
1873. 20. Dezember. Ges., betr. die Abänderung der Nr. 13 des Art. 4 der Verfassung des Deutschen Reichs. (R.G.Bl. S. 379.) 33
1874. 17. Mai. Strandungsordnung (R.G.Bl. S. 73) . 140
1874. 30. Novbr. Ges. über Markenschutz. (R.G.Bl. S. 143.)
— — §. 3 . . . . 69. 74
— — §§. 8. 9 . . 71. 74. 78
— — §§. 10. 11. 68. 72. 77
— — §§. 13. 14 . . . 68
— — §. 18 . . . . 68. 69
— — §. 20 . . . . . 75
1875. 6. Februar. Ges., betr. die Beurkundung des Personenstandes und der Eheschließung (R.G.Bl. S. 23).
— — §. 77 Abs. 1 . 27. 29
1876. 26. Februar. Gesetz, betr. die Abänderung von Bestimmungen des Strafgesetzbuches (R.G.Bl. S. 25) . . . . . 141
1876. 14. August. Not- und Lotsensignalordnung auf See und auf den Küstengewässern (R.G.Bl. S. 187) . . . . . 141
1876. 15. August. Kaiserl. Verordnung über das Verhalten der Schiffer nach einem Zusammenstoß von Schiffen auf der See (R.G.Bl. S. 189).
— — §. 1 . . . . . 140
1877. 25. Mai. Patentgesetz. (R.G.B. S. 501.)
— — §. 2 . . . . . 86
— — §. 4 . . . . . 165
1878. 1. Juli. Rechtsanwaltsordnung (R.G.Bl. S. 177).
— — §. 27 . . . . . 404

## 2. Gemeines Recht.

### a. Institutionen.

L. 3 Tit. 20. de inutil. stipul. §. 2 173
„ 3 „ 27. de mand. §. 9 186

### b. Pandekten.

L. 1 Tit. 3. de legib. §. 39 212
„ 2 „ 13. de edendo l. 5. 9 §. 3 156
„ 4 „ 2. quod. met. c. l. 4 §. 2 209
„ 6 „ 1 de rei vindicat. l. 72 156
„ 8 „ 1 de servit. l. 4 pr. 213
„ 17 „ 1 mand. l. 8 pr. l. 12 §. 16 l. 20 l. 22 §. 1 186. 187 l. 49 . . . . 158
„ 18 „ 5 de resc. vend. l. 5 181
„ 19 „ 2 locati l. 19 §. 9 l. 38 pr. . . . . 182
„ 21 „ 2 de evict. l. 17 158
„ 21 „ 3 de exc. rei vend. et trad. l. 1 pr. §. 11. 2 158
„ 23 „ 3 de jur. dot. l. 14. 15 181
„ 27 „ 9 de reb. eorum qui sub etc. l. 2 . . 177
„ 29 „ 2 de acquir. hered. l. 20 §. 4 . . . . 200
„ 35 „ 1 de condit. l. 58. 59 §§. 1. 2 . . 159
„ 39 „ 3 de aqua et aquae pl. arc. l. 1 §. 23 l. 2 213
„ 41 „ 1 de acquir. rer. dom. l. 30 §§. 1. 2 234
L. 42 Tit. 1 de re judic. l. 15 §. 4 190
„ 42 „ 8 quae in fraud. cred. l. 6 §. 11 l. 10 §. 22 209. 210
„ 43 „ 8 ne quid in loco publ. l. 2 §. 5 . . 173
„ 43 „ 12 de fluminibus l. 1. §. 7 234
„ 19 de itinere l. 3 214
„ 44 „ 4 de doli m. exc. l. 4 §. 32 158
„ 45 „ 1 de verb. oblig. l. 38 §. 18 . . . 156
l. 83 §. 5 . . 173
l. 135 §. 4 . 156
l. 137 §. 6 . 159
„ 49 „ 14 de jure fisci l. 21 210
„ 50 „ 17 de reg. jur. l. 64. 114 156

### c. Codex.

L. 5 Tit. 70. de cura. fur. l. 7 §. 3 197
l. 7 §. 8 . . 199
„ 6 „ 51 de cad. toll. l. unica 198
„ 7 „ 75 de revoc. his quae in fraud. cred. l. 5 170
„ 8 „ 26 de remiss. pig. l. 5 210
„ 8 „ 41 de fidejussor. l. 2 183

### d. Novellen.

Nov. 22. c. 46 . . . . 198
„ 97. c. 3 . . . . . 175

## 3. Landesrecht.

### Preußen.

#### A. Altländisches Recht.

#### a. Allgemeines Landrecht.

Einleitung §. 75 . . . . 239
Teil I Titel 2 §§. 42 flg. 47. 80. 106 . . . 311
„ „ 2 §§. 111. 112. 114. 239
„ „ 4 65. 66 . . 226

Teil I Titel 5 §§. 37. 38 254
" " 5 §§. 75. 76 257
" " 5 §. 133 . . 265
" " 5 §. 248 . . 119
" " 5 §. 391 . . 257
" " 6 §§. 1. 5. 7. 83. 84. 89 flg. 239. 320
" " 9 §. 176 . . 246
" " 9 §. 242 flg. 234
" " 9 §. 263 . . 135
" " 9 §§. 267. 268. 246
" " 9 §. 270 . . 235
" " 9 §§. 500 flg. 532. 306
" " 10 §. 25 . . 264
" " 11 §. 5. 8. 9. 239
" " 11 §. 83 . . 312
" " 11 §§. 340. 344 310
§. 393 . . 328
" " 11 §§. 402—404 43
" " 11 §. 739 . . 267
§. 793 . . 324
" " 13 §. 90 . . 309
" " 13 §. 199 . . 155
" " 13 §§. 262. 268. 269. 164. 273
" " 14 §§. 338. 339 35. 45
" " 14 §§. 342 flg. 219
" " 16 §. 46 35. 44. 46.
" " 16 §. 47 . . 46
" " 16 §. 84 . . 326
" " 16 §. 484 . . 267
" " 17 §. 171 . . 335
" " 17 §. 218 . . 336
" " 19 §. 5 . . . 264
" " 20 §§. 1. 8. . 267
" " 20 §. 281 . . 264
" " 20 §§. 423 flg. 267
" " 20 §. 515 . . 264
Teil II Titel 1 §§. 194. 202. 203. 211. 219. 321 . . . 251
" " 1 §. 732 . . 16
" " 1 §§. 738—810 16
Teil II Titel 2 §§. 136. 137 255
" " 2 §. 218 . . 257
" " 14 §. 21 . . 234
" " 14 §. 74 . . 43
" " 15 §. 55 . . 234
" " 15 §. 73 . . 246
" " 18 §§. 698 flg. 242
" " 18 §§. 782. 785—794 242
Anhang. §. 52 . . . . 267

b. Allgemeine Gerichtsordnung.

Teil I Tit. 29 §§. 83. 87 315
" " 50 §. 161 . . 49
" " 50 §. 287 . . 223
Anhang §. 331 . . . . 51

## B. Rheinisches Recht.

Code civil Art. 887 . . . 342
— Art. 1188 . . . . . 356
— Art. 1351 . . . . . 340
— Art. 1382 . . . . . 69
— Art. 2098 . . . . . 340
Code de comm. Art. 448 . 357
Arr. v. 12. Brum. XI . . 337
Decr. v. 9. Vendemiaire XIII 338
1807. 12. Auguſt. Staatsgutachten 337
1809. 12. Novbr. Publik.-Dekr. 340. 341
1810. 21. Auguſt. Dekr. . 338
1818. 20. Juli. Reſſortreglement 338
1822. 7. März. Geſetz . . 338
1845. 23. Juli. Gemeindeordnung §. 87 . . . . . 338
1856. 15. Mai. Städteordnung §. 84 . . . . . 338

## C. Einzelne Geſetze, Verordnungen ꝛc.

1769. 29. Auguſt. Kab.-Ordre 223
1770. 9. Juli. Reglement. 223

1809. 15. Februar. Gesetz (G.S. S. 535) . . . . . 325
1810. 14. Juni. (G.S. S. 715).
1810. 30. August. Publikandum 223
1810. 27. Oktober. Finanzedikt (G.S. S. 25) . . . . 226
1811. 4. April. Deklaration wegen Unzulässigkeit der Darlehne, wobei Papiere nach ihrem Nennwerte gegeben werden (G.S. S. 169). . . . . 324
1824. 3. April. Deklaration des §. 52 Anh. z. A.L.R. (G.S. S. 77) . . . . . 267
1838. 23. Januar. Preuß. Zollgesetz (G.S. S. 33) §. 16 341
1838. 3. November. Gesetz über die Eisenbahn-Unternehmungen §. 25 (G.S. S. 505) . 318
1839. 20. Mai. Regulativ 224
1842. 31. Dezember. Gesetz über die Verpflichtung zur Armenpflege (G.S. S. 8) §§. 33. 34. 35 272
1844. 16. Juni. Ministerialerklärung (G.S. S. 165). . 327
1847. 1. März. Kab.-Ordre (G.S. S. 112). . . . . 304
— 30. April. Kab.-Ordre, betr. den Stempel zu Kauf- und Lieferungsverträgen u. s. w. (G.S. S. 201). . . . . 217
1849. 2. Januar. Verord., betr. die Aufhebung der Privatgerichtsbarkeit u. s. w. (G.S. S. 3) 304
1855. 8. Mai. Konkursordnung (G.S. S. 321) §. 10 . 155
— — §. 11 . . . . . 42
— — §. 73 . . . . 34. 37
— — §§. 80. 81 . . . 294
1858. 22. November. Regulativ 224
1861. 21. Mai. Grundsteuergesetz (G.S. S. 253) . . . 226
1865. 24. Juni. Allgem. Berggesetz (G.S. S. 705) §§. 102. 109. 130. 131. 234. . 274
1869. 15. März. Subhastationsordnung (G.S. S. 421) §. 9 311. 315
— — §§. 13. 14. 19. 39 315
— — §. 70 . . . . . 315
— — §. 74 . . . . . 260
— 18. März. Gesetz, betr. die Ausgabe von Talons zu den preuß. Staatsschuldverschreibungen (G.S. S. 490) . . 153
— 9. Dezember. Gesetz über das Alter der Großjährigkeit (G.S. S. 1177) . . . . . 243
1871. 8. März. Gesetz, betr. die Ausführung des Bundesgesetzes über den Unterstützungswohnsitz (G.S. S. 130) §§. 1. 35. 63. 65. 66 . . . . 273. 274
1872. 22. Januar. Allerh. Erlaß (G.S. S. 97). . . . . 225
— 5. Mai. Gesetz über den Eigentumserwerb u. s. w. (G.S. S. 433) §. 10 . . . . . 257
— — §. 15 . . . . . 262
— — §§. 18. 22 . . . 315
— — §§. 19. 38 . . . 268
— — §. 20 . . . . . 330
— — §. 30 . . . . . 313
— — §. 42 . . . . . 260
— — §. 52 . . . . . 268
— — §. 55 . . . . . 330
— — §§. 62—67 . . . 260. 268
— 5. Mai. Grundbuchordnung (G.S. S. 446) §. 122 . 330
1873. 29. Mai. Gesetz über das Grundbuchwesen im Bezirke des Appellationsgerichts zu Kassel u. s. w. (G.S. S. 273) §§. 51. 52 297
1874. 11. Juni. Gesetz über die Enteignung von Grundeigentum (G.S. S. 221) §. 8 Abs. 2 306

1874. 11. Juni. Gesetz über die Enteignung von Grundeigentum (G.S. S. 221) §. 30 Abs. 3 304
— — §. 57 . . . . . 305
1875. 5. Juli. Vormundschaftsordnung (G.S. S. 431) §§. 17 Nr. 3. 56. 57. 68 . . 294
— — §. 38 . . . . . 307
— — §. 92 . . . . . 242
— 8. Juli. Gesetz, betr. die Ausführung der §§. 5 und 6 des Ges. vom 30. April 1873 wegen Dotation der Provinzial- bezw. Kommunalverbände (G.S. S. 497) §. 18 . . . . . 236
— 12. Juli. Gesetz, betr. die Geschäftsfähigkeit Minderjähriger u. s. w. (G.S. S. 518) §§. 3. 4 332
1879. 4. März. Gesetz, betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen (G.S. S. 102).
— — §. 9 . . . . . 372
S. auch Rheinisches Recht.

**Baden.**

Landrechtsatz 327. . . . 342
— 331 . . . . . 344
— 757 . . . . 343. 344
— 826 . . . . . 344
— 887 . . . . . 342
— 911 . . . . . 359
Landrechtsatz 1101. 1102 . 451
— 1110. 1110a. . 343. 345
— 1131 . . . . . 345
— 1134. 1138 . . . . 351
— 1142 flg. . . . . 351
— 1184 . . . . . 351
— 1188 . . . . . 357
— 1252 . . . . . 347
— 1382 . . . . . 354
— 2037 . . . . . 347
Einführungsgesetz zur Deutschen Konkursordnung.
— §. 27 . . . . . 357

**Bayern.**

1840. 6. März. Verordnung 83

**Braunschweig.**

1823. 21. März. Verordnung (G.S. S. 1121) . . . 175
1878. 8. Mai. Gesetz (G.S. S. 87.)
— — §. 1 . . . . . 175

**Sachsen (Königreich).**

Bürgerl. Gesetzb. §. 13. . 28
1875. 5. November. Gesetz 28
1879. 4. März. Gesetz.
— — §. 3 . . . . 27. 28

**Ausländisches Recht.**

**Österreich.**

1868. 25. Dezember. Konkursordnung.
— — §§. 1. 2. 3 . . . 327

## C. Chronologische Zusammenstellung der Entscheidungen.

Seite
1880. Urt. v. 4. Januar i. S. K. (Bekl.) w. M. (Kl.) Rep. II. 357/80. Nr. 96. . . . . 347
„ Urt. v. 22. Januar i. S. Sch. (Kl.) w. die Unfallversicherungsges. Pr. (Bekl.) Rep. I. 870/80. Nr. 13. . 21
„ Urt. v. 30. Juni i. S. M. P. (Bekl.) w. R. H. (Kl.) Rep. I. 210/80. Nr. 60. . . . . 215

| | | Seite |
|---|---|---|
| 1880. | Urt. v. 20. September i. S. Sch. (Kl.) w. Glogau-Saganer Fürstentumslandschaft (Bekl.) Rep. Va. 435/79. Nr. 63. | 222 |
| „ | Urt. v. 20. September i. S. Fiskus (Kl.) w. G. (Bekl.) Rep. Va. 390/79. Nr. 64. | 226 |
| „ | Urt. v. 23. September i. S. F. (Bekl.) w. P. (Kl.) Rep. Va. 203/79. Nr. 65. | 232 |
| „ | Urt. v. 28. September i. S. B. (Kl.) w. M. (Bekl.) Rep. III. 397/79. Nr. 1. | 1 |
| „ | Urt. v. 4. Oktober i. S. des Grafen zu St. u. Genossen (Kl.) w. den provinzialständischen Verwaltungsausschuß der Provinz Westfalen (Bekl.) Rep. Va. 448/79. Nr. 66. | 236 |
| „ | Urt. v. 11. Oktober i. S. K. (Kl.) w. Fiskus (Bekl.) Rep. Va. 245/79. Nr. 67. | 239 |
| „ | Urt. v. 11. Oktober i. S. Ehefrau G. (Kl.) w. C. (Bekl.) Rep. Va. 419/79. Nr. 68. | 242 |
| „ | Urt. v. 12. Oktober i. S. B. (Bekl.) w. K. (Kl.) Rep. IVa. 147/80. Nr. 62. | 219 |
| „ | Urt. v. 15. Oktober i. S. U. (Kl.) w. Gemeinde Burg (Bekl.) Rep. II. 79/80. Nr. 91. | 337 |
| „ | Urt. v. 15. Oktober i. S. v. P. (Bekl.) w. Stadtgemeinde D. (Kl.) Rep. II. 216/80. Nr. 106. | 380 |
| „ | Urt. v. 19. Oktober i. S. Bergisch-Märkische Eisenbahn (Bekl.) w. S. (Kl.) Rep. II. 153/80. Nr. 2. | 3 |
| „ | Urt. v. 25. Oktober i. S. H. (Bekl.) w. F. (Kl.) Rep. IV. 520/80. Nr. 61. | 217 |
| „ | Urt. v. 28. Oktober i. S. F. (Kl.) w. P. (Bekl.) Rep. Va. 279/80. Nr. 59. | 210 |
| „ | Urt. v. 28. Oktober i. S. v. Sch. u. Gen. (Bekl.) w. Fiskus (Kl.) Rep. Va. 104/79. Nr. 69. | 245 |
| „ | Urt. v. 30. Oktober i. S. der Hanseat. Dampfschiffahrts-gesellschaft (Kl.) w. N. & C. (Bekl.) Rep. I. 827/80. Nr. 9. | 17 |
| „ | Urt. v. 1. November i. S. B. (Kl.) w. K. (Bekl.) Rep. Va. 96/80. Nr. 70. | 251 |
| „ | Urt. v. 2. November i. S. E. K. (Kl.) w. J. K. I. (Bekl.) Rep. III. 627/80. Nr. 55. | 193 |
| „ | Urt. v. 2. November i. S. E. K. (Kl.) w. J. K. I. (Bekl.) Rep. III. 627/80. Nr. 116. | 409 |
| „ | Urt. v. 4. November i. S. Niederschl.-Märkische Eisenbahn (Bekl.) w. W. (Kl.) Rep. Va. 321/80. Nr. 82. | 303 |
| „ | Urt. v. 5. November i. S. Pf. (Kl.) w. B. (Bekl.) Rep. III. 137/80. Nr. 48. | 169 |
| „ | Urt. v. 6. November i. S. S. (Kl.) w. Gen. St.-Nav. Comp. (Bekl.) Rep. I. 556/79. Nr. 40. | 138 |

Seite

1880. Urt. v. 12. November i. S. D. (Bekl.) w. die Erben H. (Kl.) Rep. II. 255/80. Nr. 92. . . . . 339

„ Urt. v. 16. November i. S. Kl. als Syndik des Falliments Sch. (Bekl.) w. den Barmer Bankverein (Kl.) Rep. II. 148/80. Nr. 10. . . . . 18

„ Urt. v. 16. November i. S. Sch. (Bekl.) w. K. (Kl.) Rep. III. 635/80. Nr. 49. . . . . 171

„ Urt. v. 16. November i. S. A. Z. (Kl.) w. M. Z. (Bekl.) Rep. IVa. 121/80. Nr. 71. . . . . 254

„ Urt. v. 16. November i. S. Kl. als Syndik des Falliments Sch. (Bekl.) w. den Barmer Bankverein (Kl.) Rep. II. 148/80. Nr. 93. . . . . 340

„ Urt. v. 22. November i. S. der See- u. Flußversicherungsgesellschaft A. (Bekl.) w. G. & Sohn (Kl.) Rep. I. 618/79. Nr. 41. . . . . 142

„ Urt. v. 22. November i. S. Sch. (Bekl.) w. K. (Kl.) Rep. Va. 235/80. Nr. 72. . . . . 257

„ Urt. v. 23. November i. S. A. (Kl.) w. K. (Bekl.) Rep. IVa. 117/80. Nr. 74. . . . . 261

„ Urt. v. 23. November i. S. Sch. (Bekl.) w. Sch. (Kl.) Rep. II. 212/80. Nr. 94. . . . . 341

„ Urt. v. 24. November i. S. K. S. Konkursmasse (Bekl.) w. A. S. und E. St. (Kl.) Rep. I. 814/80. Nr. 15 34

„ Urt. v. 24. November i. S. N. (Kl.) w. Oberpostdirektion zu F. (Bekl.) Rep. I. 843/80. Nr. 28. . . . . 91

„ Urt. v. 25. November i. S. L. (Kl.) w. R. (Bekl.) Rep. Va. 27/80. Nr. 73. . . . . 259

„ Urt. v. 26. November i. S. B. (Bekl.) w. K. (Kl.) Rep. III. 640/80. Nr. 4. . . . . 6

„ Urt. v. 26. November i. S. W. (Kl.) w. H. (Bekl.) Rep. III. 637/80. Nr. 50. . . . . 174

„ Urt. v. 26. November i. S. Chr. R. (Bekl.) w. G. R. (Kl.) Rep. III. 641/80. Nr. 122. . . . . 422

„ Urt. v. 29. November i. S. Kr. (Kl.) w. Kl. (Bekl.) Rep. Va. 161/80. Nr. 83. . . . . 307

„ Urt. v. 30. November i. S. L. (Kl.) w. D. B. (Bekl.) Rep. III. 118/80. Nr. 5. . . . . 8

„ Urt. v. 30. November i. S. A. (Kl.) w. M. (Bekl.) Rep. II. 295/80. Nr. 21. . . . . 67

„ Urt. v. 30. November i. S. L. (Bekl.) w. W. (Kl.) Rep. III. 642/80. Nr. 101. . . . . 365

„ Urt. v. 3. Dezember i. S. Sch. (Kl.) w. A. (Bekl.) Rep. III. 221/80. Nr. 3. . . . . 4

| | | Seite |
|---|---|---|
| 1880. | Urt. v. 3. Dezember i. S. W. (Widerkl.) w. S. (Widerbekl.) Rep. II. 16/80. Nr. 19. | 60 |
| „ | Urt. v. 3. Dezember i. S. M. (Kl.) w. R. (Bekl.) Rep. IVa. 290/80. Nr. 75. | 264 |
| „ | Urt. v. 3. Dezember i. S. F. u. Genossen (Bekl.) w. W.'sche Bank (Kl.). Rep. III. 644/80. Nr. 102. | 371 |
| „ | Urt. v. 3. Dezember i. S. H. (Kl.) w. Aktiengesellschaft G. (Bekl.) Rep. II. 278/80. Nr. 109. | 388 |
| „ | Urt. v. 7. Dezember i. S. Fürst v. B. (Kl.) w. B. (Bekl.) Rep. III. 106/80. Nr. 51. | 179 |
| „ | Urt. v. 7. Dezember i. S. Konkursmasse Th. (Kl.) w. Schl. & W. (Bekl.) Rep. II. 281/80. Nr. 111. | 395 |
| „ | Urt. v. 8. Dezember i. S. F. (Bekl.) w. B. (Kl.) Rep. I. 117/80. Nr. 17. | 57 |
| „ | Urt. v. 8. Dezember i. S. R. (Kl.) w. Eisenbahndirektion zu F. (Bekl.) Rep. I. 402/80. Nr. 56. | 201 |
| „ | Urt. v. 8. Dezember i. S. P. (Kl.) w. K. (Bekl.) Rep. V. 537/80. Nr. 105. | 377 |
| „ | Urt. v. 10. Dezember i. S. N. (Bekl.) w. A. (Kl.) Rep. III. 346/80. Nr. 52. | 183 |
| „ | Urt. v. 10. Dezember i. S. E. Z. Ehefrau (Kl.) w. W. H. (Bekl.) Rep. III. 632/80. Nr. 57 u. 123. | 203. 424 |
| „ | Urt. v. 10. Dezember i. S. J. (Bekl.) w. R.'sche Konkursmasse (Kl.). Rep. IVa. 106/80. Nr. 88. | 326 |
| „ | Urt. v. 11. Dezember i. S. R. (Bekl.) w. E. (Kl.) Rep. I. 129/80. Nr. 18. | 59 |
| „ | Urt. v. 11. Dezember i. S. G. (Bekl.) w. Gebr. L. (Kl.) Rep. I. 277/79. Nr. 26. | 87 |
| „ | Urt. v. 11. Dezember i. S. A. (Bekl.) w. S. (Kl.) Rep. I. 334/80. Nr. 30. | 100 |
| „ | Urt. v. 14. Dezember i. S. H. (Kl.) w. H. (Bekl.) Rep. IVa. 381/80. Nr. 8. | 15 |
| „ | Urt. v. 15. Dezember i. S. W. (Bekl.) w. T. (Kl.) Rep. I. 852/80. Nr. 31. | 102 |
| „ | Urt. v. 17. Dezember i. S. V.-Verein zu A. (Kl.) w. L. B. u. Gen. (Bekl.) Rep. III. 629/80. Nr. 29 u. 120. | 94. 419 |
| „ | Urt. v. 17. Dezember i. S. B. (Kl.) w. L. (Bekl.) Rep. IVa. 325/80. Nr. 76. | 266 |
| „ | Beschl. v. 17. Dezember i. S. K.'schen Beschwerdesache. Besch.-Rep. III. 127/80. Nr. 103. | 372 |
| „ | Urt. v. 18. Dezember i. S. W. (Bekl.) w. Kapitän E. (Kl.) Rep. I. 849/80. Nr. 42. | 149 |
| „ | Urt. v. 18. Dezember i. S. W. (Bekl.) w. Kapitän Tr. (Kl.) Rep. I. 848/80. Nr. 43. | 151 |

| | | Seite |
|---|---|---|
| 1880. | Beschl. v. 18. Dezember in der C. H.'schen Konkurssache. Beschw.-Rep. I. 39/80. Nr. 112. | 400 |
| " | Urt. v. 21. Dezember i. S. U. (Kl.) w. Magdeburg-Halberst.-Eisenbahn (Bekl.). Rep. II. 346/80. Nr. 11. | 19 |
| " | Urt. v. 21. Dezember i. S. H. (Bekl.) w. O. (Kl.) Rep. II. 328/80. Nr. 22. | 69 |
| " | Urt. v. 22. Dezember i. S. A. (Kl.) w. M. (Bekl.) Rep. I. 399/80. Nr. 89. | 331 |
| " | Urt. v. 23. Dezember i. S. H. u. Gen. (Kl.) w. Sch. u. Gen. (Bekl.) Rep. Va. 32/80. Nr. 84. | 309 |
| " | Urt. v. 28. Dezember i. S. F. (Kl.) w. Hannover-Altenb.-Eisenbahn (Bekl.). Rep. II. 316/80. Nr. 12. | 20 |
| " | Urt. v. 28. Dezember i. S. V. & B. in Wiesbaden (Bekl.) w. H. in Berlin (Kl.). Rep. II. 324/80. Nr. 79. | 290 |
| 1881. | Urt. v. 3. Januar i. S. C. (Bekl.) w. D. u. Gen. (Kl.) Rep. Va. 338/80. Nr. 85. | 315 |
| " | Urt. v. 4. Januar i. S. verehel. M. (Kl.) w. M. (Bekl.) Rep. II. 352/80. Nr. 14. | 27 |
| " | Urt. v. 5. Januar i. S. Jean W. u. Gen. (Kl.) w. Allg. Assek. zu T. (Bekl.) Rep. I. 850/80. Nr. 32. | 104 |
| " | Urt. v. 5. Januar i. S. A. D. & Co. (Kl.) w. T. (Bekl.) Rep. I. 854/80. Nr. 33 u. 124. | 109. 425 |
| " | Urt. v. 5. Januar i. S. Berlin-Görlitzer Eisenbahngesellschaft (Bekl.) w. Sch. (Kl.) Rep. V. 539/80. Nr. 86. | 319 |
| " | Urt. v. 7. Januar i. S. R. (Kl.) w. H. (Bekl.) Rep. II. 360/80. Nr. 23. | 74 |
| " | Urt. v. 7. Januar i. S. R. P. (Kl.) w. A. P. (Bekl.) Rep. IVa. 18/80. Nr. 87. | 324 |
| " | Urt. v. 7. Januar i. S. Eheleute C. F. (Bekl.) w. H. S. (Kl.) Rep. III. 650/80. Nr. 121. | 419 |
| " | Urt. v. 10. Januar i. S. E. w. S. Rep. IV. 369/80. Nr. 6. | 10 |
| " | Urt. v. 10. Januar i. S. R. (Bekl.) w. A. (Kl.) Rep. Va. 371/80. Nr. 54. | 189 |
| " | Urt. v. 10. Januar i. S. E. (Bekl.) w. Z. (Kl.) Rep. IV. 396/80. Nr. 77. | 270 |
| " | Urt. v. 11. Januar i. S. Th. (Kl.) w. B. (Bekl.) Rep. II. 326/80. Nr. 24. | 78 |
| " | Beschl. v. 11. Januar i. S. Th. w. K. Rep. III. 124/80. Nr. 104. | 375 |
| " | Urt. v. 12. Januar i. S. Bauverein zu K., eing. Gen. in Liquidation (Kl.) w. W. (Bekl.) Rep. V. 543/80. Nr. 7. | 10 |

Seite

1881. Urt. v. 12. Januar i. S. E. (Kl.) w. E. (Bekl.) Rep. I. 712/80. Nr. 34. . . . . 111
" Urt. v. 12. Januar i. S. Witwe O. (Kl.) w. Feuer-Versicherungsgesellschaft zu B. (Bekl.) Rep. I. 859/80. Nr. 125. . . . . 425
" Urt. v. 14. Januar i. S. B. (Kl.) w. W. (Bekl.) Rep. IVa. 266/80. Nr. 90. . . . . 333
" Urt. v. 14. Januar i. S. A. H. (Bekl.) w. J. H. (Kl.) Rep. II. 369/80. Nr. 95. . . . . 343
" Urt. v. 15. Januar i. S. Gewerkschaft N. J. (Kl.) w. Handlung B. (Bekl.) Rep. V. 388/80. Nr. 78. . . 275
" Urt. v. 18. Januar i. S. B. u. D. (Kl.) w. C. (Bekl.) Rep. III. 657/80. Nr. 110. . . . . 390
" Urt. v. 19. Januar i. S. F. Nachfolger (Kl.) w. R. F. & Co. (Bekl.) Rep. I. 855/80. Nr. 35. . . . . 113
" Urt. v. 19. Januar i. S. O. H., als Vormund der K.'schen Kinder in B. (Kl.) w. F. L., als Verwalter des K.'schen Konkurses daselbst (Bekl.). Rep. V. 548/80. Nr. 80. . 294
" Urt. v. 21. Januar i. S. S. (Kl.) w. M. (Bekl.) Rep. III. 661/80. Nr. 53. . . . . 186
" Urt. v. 21. Januar i. S. Vorschußverein Pf. (Kl.) w. B. (Bekl.) Rep. II. 381/80. Nr. 97. . . . . 350
" Urt. v. 25. Januar i. S. Sch. (Kl.) w. v. P. (Bekl.) Rep. III. 671/80. Nr. 27. . . . . 90
" Urt. v. 25. Januar i. S. Gemeinde L. u. Gen. (Bekl.) w. Standesherrschaft F. (Kl.) Rep. II. 380/80. Nr. 98. 353
" Urt. v. 25. Januar i. S. J. (Bekl.) w. H. (Kl.) Rep. II. 382/80. Nr. 107. . . . . 381
" Urt. v. 25. Januar i. S. Sch. (Kl.) w. v. P. (Bekl.) Rep. III. 671/80. Nr. 115. . . . . 408
" Urt. v. 26. Januar i. S. W. u. K. (Bekl.) w. Z. (Kl.) Rep. I. 877/80. Nr. 36. . . . . 117
" Urt. v. 28. Januar i. S. G. (Kl.) w. Pl. u. Aktiengef. A. B. V. (Bekl.) Rep. II. 383/80. Nr. 16. . . . 54
" Urt. v. 28. Januar i. S. Stadt K. (Kl.) w. M. (Bekl.) Rep. III. 332/80. Nr. 81. . . . . 297
" Urt. v. 29. Januar i. S. H. (Bekl.) w. die Lebens- ꝛc Vers.-Gesellschaft P. (Kl.) Rep. I. 878/80. Nr. 108. . . 385
" Urt. v. 1. Februar i. S. C. (Bekl.) w. Sch. (Kl.) Rep. II. 334/80. Nr. 25. . . . . 85
" Urt. v. 2. Februar i. S. Karl August P. (Bekl.) w. Georg Wilh. Emil P. (Kl.) Rep. I. 879/80. Nr. 37. . . 120
" Urt. v. 2. Februar i. S. K. H. (Bekl.) w. Gebr. S. (Kl.) Rep. I. 880/80. Nr. 38. . . . . 122

| | | Seite |
|---|---|---|
| 1881. | Urt. v. 4. Februar i. S. W. (Bekl.) w. F. (Kl.) Rep. III. 667/80. Nr. 126. | 430 |
| " | Urt. v. 9. Februar i. S. D. (Kl.) w. B. (Bekl.) Rep. I. 884/80. Nr. 20. | 64 |
| " | Urt. v. 11. Februar i. S. B. (Bekl.) w. Handelsbank in Sch. (Kl.) Rep. II. 414/81. Nr. 99. | 356 |
| " | Beschl. v. 11. Februar i. S. D. (Bekl.) w. Eisenbahnfiskus (Kl.) Rep. III. 129/80. Nr. 113. | 401 |
| " | Urt. v. 12. Februar i. S. Gebr. P. (Bekl.) w. H. (Kl.) Rep. I. 321/79. Nr. 44. | 153 |
| " | Urt. v. 12. Februar i. S. P. (Kl.) w. L. B. (Bekl.) Rep. I. 886/80. Nr. 58. | 208 |
| " | Urt. v. 12. Februar i. S. P. (Kl.) w. L. B. (Bekl.) Rep. I. 886/80. Nr. 127. | 433 |
| " | Urt. v. 14. Februar i. S. S. (Kl.) w. E. (Bekl.) Rep. III. 15/81. Nr. 114. | 404 |
| " | Urt. v. 15. Februar i. S. B. u. Gen. (Bekl.) w. S. (Kl.) Rep. II. 400/80. Nr. 118. | 412 |
| " | Urt. v. 15. Februar i. S. der Landesverwaltung der Fürstentümer Waldeck u. Pyrmont (Kl.) w. Se. Durchl. den Fürsten v. Waldeck u. Pyrmont (Bekl.). Rep. III. 70/80. Nr. 117. | 410 |
| " | Urt. v. 19. Februar i. S. v. K. (Kl.) w. Rumänische Eisenbahn-Aktienges. (Bekl.) Rep. I. 872/80. Nr. 39. | 123 |
| " | Urt. v. 22. Februar i. S. M. u. Gen. (Bekl.) w. G. u. Gen. (Kl.) Rep. II. 420/80. Nr. 100. | 359 |
| " | Urt. v. 25. Februar i. S. B. (Bekl.) w. F. (Kl.) Rep. II. 428/80. Nr. 119. | 416 |
| " | Urt. v. 2. März i. S. W. (Kl.) w. K. & W. Comp. (Bekl.) Rep. I. 506/81. Nr. 47. | 165 |
| " | Urt. v. 5. März i. S. P. (Bekl.) w. Z. (Kl.) Rep. I. 511/81. Nr. 46. | 162 |
| " | Urt. v. 8. März i. S. B. (Kl.) w. Hoftheater zu Darmstadt (Bekl.). Rep. II. 433/80. Nr. 45. | 156 |
| " | Urt. v. 29. März i. S. Magistrat zu H. (Kl.) w. Konsistorium in H. (Bekl.) Rep. III. 690/80. Nr. 128. | 435 |

# Zusammenstellung

der

## im dritten Band

mitgeteilten Entscheidungen

nach

## Oberlandesgerichtsbezirken.[1]


**Berlin** . . . . . *8.* 13. *17.* *26.* *30.* 33. 36. 37. 39. *44.* 46. *76.* *79.* 86. *88.* 108. 124. 125.

**Braunschweig** . 50.

**Breslau** . . . . 7. *63.* *64.* 80. *82.* *83.* *85.* 105.

**Celle** . . . . . 53. 101. 110. 128.

**Darmstadt** . . . 21. 29. 45. 55. 116. 120. 121. 122.

**Dresden** . . . . . 14. 16. *19.* 106. 107. 118.

**Frankfurt a. M.** 28. *48.* *56.* *89.* 102. 103. 104. 113.

**Hamburg** . . . . 9. 20. 23. 31. *40.* *41.* 42. 43. 47. 58. 127.

**Hamm** . . . . . 22. *66.* *68.* *75.* *78.* *84.* *90.*

**Jena** . . . . . 112.

**Karlsruhe** . . . 94. 95. 96. 97. 98. 99. 100. 119.


[1] Die schrägstehenden Ziffern geben die nach dem **alten** Verfahren ergangenen Entscheidungen an. — Für die vor dem 1. Oktober 1879 in die dritte Instanz gelangten Sachen sind diejenigen Oberlandesgerichts-Bezirke angegeben, welchen dieselben jetzt angehören würden.

**Kassel** . . . . . 4. 5. 24. 27. 57. 81. 114. 115. 117. 123. 126.

**Kiel** . . . . . 1. 3. 49. 51. 52.

**Köln** . . . . . 2. 10. 91. 92. 93. 109. 111.

**Königsberg** . . . 35. 38. 69. 73.

**Marienwerder** . 67.

**Naumburg** . . . 6. 11. 12. 15. 61. 62. 70. 72. 77.

**Posen** . . . . . 65. 71. 74. 87.

**Rostock** . . . . . 32. 34.

**Stettin** . . . . . 18. 54. 59. 60.

---

**Patentsachen** . . 25.

## Druckfehler.

S. 172 Z. 7 v. o. lies „§. 231" statt „§. 230".

Stanford Law Library
3 6105 06 149 405 5